Die Aufrechnungsbefugnis des Hauptschuldners

gegenüber dem Regreßanspruch des Bürgen mit einer ihm an den befriedigten Gläubiger zustehenden Gegenforderung.

Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristen-Fakultät zu Rostock

vorgelegt von

Siegbert Springer
aus Schubin (Bez. Bbg.).

Berlin
Verlag von Max Günther
1907.

Referent: Prof. Dr. Wachenfeld.

Dem Andenken meines Vaters.

Literaturverzeichnis.

Abraham, Geltendmachung der Aufrechnung und anderer Eingriffsrechte in der Vollstreckungsinstanz. Berl. Diss. 1902.

Appleton, Histoire de la compensation en droit Romain. 1894.

Bülow, O., Das Geständnisrecht. Freiburg 1899.

Degenkolb, H., Beiträge zum Zivilprozeß: 1. der Streit um den Klagrechtsbegriff. Leipzig 1905.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. Bd. II (1. u. 2. Aufl.) 1900.

Eccius, Nachträgliche Bemerkungen über eventuelle Aufrechnung in Gruch. Beitr. Bd. 42.

Eck, Vorträge über das Recht des bürgerl. Gesetzbuches. Bd. 1. Berlin. 1903.

Eisele, Die Kompensation nach römischem und gemeinem Recht. Berlin 1876.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1904. Bd. 1.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 2. Aufl. 1901.

Feder, Ernst, Die rechtliche Natur der Aufrechnung außerhalb des Rechtstreits in Goldschm. Zeitschr. Bd. 54 (1904).

Förtsch, Die sog. eventuelle Aufrechnung in Gruch. Beitr. Bd. 42.

Friedenthal, Einwendung und Einrede in Fischers Abhandl. Bd. 1 1899.

Gräffner, Ernst, Die außergerichtliche Geltendmachung der Einrede. Gött. Diss. 1905.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 8. u. 9. Aufl. Tüb. 1906.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht, in Fischers Abhandl. Jena 1900.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. Leipzig 1903.

Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit. Leipzig 1905.

Hölder, Kommentar zum all. Teil des BGB. 1900.

Hölder, Über Ansprüche und Einreden, im Arch. f. zivil. Pr. Bd. 93.

Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht, i. d. Festgabe der Jur. Gesellschaft für Koch. Berlin 1903.

Kohler, Kompensation und Prozeß in Buschs Zeitschr. Bd. 20.
Kohler, Die Aufrechnung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch in Buschs Zeitschr. Bd. 24.
Kohler, Prozeßhandlungen mit Zivilrechtswirkung in Buschs Zeitschr. Bd. 29.
Kohler, Der sog. Rechtsschutzanspruch in Buschs Zeitschr. Bd. 33.
Koban, Der Regreßanspruch des Bürgen und des Pfandeigentümers nach österr. und deutschem Recht. Graz 1903.
Könnemann, Über die prozessuale Geltendmachung der Aufrechnung i. d. Pos. Monatsschrift. Bd. 3 S. 33 sq.
Kremer, Die Mitbürgschaft. Straßb. Diss. 1902.
Kretschmar, Über die Entwicklung der Kompensation im römischen Recht. Leipzig 1907.
Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutsch. bürgerl. Gesetzbuch. Leipzig 1903.
Leonhard, Franz, Aufrechnung gegen eine Nichtschuld im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 21.
Leonhard, Franz, Die Aufrechnung. Göttingen 1896.
Leonhard, Rud., Der Allgem. Teil des bürgerl. Gesetzbuchs. 1900.
Lippmann, Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung in Iherings Jahrb. Bd. 43.
Osann, Beiträge zur Behandlung der Kompensationseinrede in der deutschen CPO. Gießen. Diss. 1885.
Ohnsorge, Zur Lehre von der Aufrechnung in Iherings Jahrb. Bd. 20
Örtmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. Zweite Aufl. Berlin 1906.
Petersen, Wird durch die Kompensationseinrede die Rechtshängigkeit begründet? In Gruch. Beitr. Bd. 31.
Sahm, Die außergerichtliche Geltendmachung der Verjährungseinrede in Ihergs. Jhrb. Bd. 49.
Schmidt, R., Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl Leipzig 1906.
Schollmeyer, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 1900.
Siber, Kompensation und Aufrechnung. Leipzig 1899.
Siber, Der Rechtszwang in Schuldverhältnissen nach deutschem Reichsrecht. Leipzig 1903.
Seuffert, Kommentar zur CPO. 9. Aufl. 1904.
Thon, Die rechtsverfolgende Einrede in Ihergs. Jhrb. Bd. 28.

Wach, Prozeßvollmacht und Einrede der Aufrechnung in Buschs Zeitschr. Bd. 27.

Weigelin, E., Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld. Hannover 1904.

Weissmann, Die Aufrechnung nach dem bürgerl. Gesetzbuch in Buschs Zeitschr. Bd. 26.

Weissmann, Lehrbuch des d. Zivilprozesses. Bd. II. 1905.

Wenger, Zur Lehre von der actio judicati. Graz 1902.

Zitelmann, Der allgemeine Teil des BGB. Leipzig 1900.

§ 1.

Wer die Schuld eines anderen bezahlt hat, wird von dem, für den er geleistet hat, regelmäßig nur dann Ersatz fordern können, wenn seine Zahlung im Auftrage des Schuldners erfolgt war, oder wenn ein Fall vorliegt, der dem Zahlenden nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag einen Ersatzanspruch gewährt. Außerdem kennt das BGB. einen Regreß, der, abweichend von dem allgemeinen, nur in ganz besonderen, einzeln aufgeführten Fällen dem Zahler einer fremden Schuld auf andere Weise vom Gesetz eingeräumt ist; in diesen Fällen geht das Forderungsrecht des Gläubigers ohne weiteres auf den über, der den Gläubiger befriedigt hat, er wird ohne sein Zutun selbst Gläubiger des früheren Schuldners, und dieser hat an ihn dann gewöhnlich die Leistung zu bewirken, die er seinem Gläubiger geschuldet hatte. In der Lehre von der Bürgschaft z. B. ist bestimmt (§ 774 BGB.): „Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über". Selbstverständlich kann dem Bürgen nicht deshalb, weil ihm ein besonderer Regreß gewährt ist, der allgemeine Ersatzanspruch versagt sein, der jedem Zahler einer fremden Schuld gegeben wird, vielmehr ist davon auszugehen, daß beide Regreßansprüche ihm zustehen, der spezielle nach ausdrücklicher, gesetzlicher Anordnung stets und der allgemeine dann, wenn die Zahlung des Bürgen für den Schuldner ein negotium utiliter gestum darstellte oder seinem Auftrage entsprach. Den beiden Regreßansprüchen korrespondieren auf der Seite des Schuldners die Verteidigungsmittel, die sich gegen jeden von beiden richten können oder aber nur gegen einen von ihnen begründet sind. Der Schuldner kann, wie gegen jeden, der seinen

Gläubiger befriedigt hat, auch gegen den Bürgen den einen Einwand vorbringen, der, gleichviel, wie er im einzelnen gefaßt ist, sich stets in die eine Formel eingliedern läßt: die Befriedigung des Gläubigers hätte unterlassen werden sollen. Dem Bürgen gegenüber als dem gesetzlichen Zessionar des Gläubigers wird er nur solche Einwendungen geltend machen können, mit welchen er zugleich die Qualität der verbürgten Schuld bemängelt. Wenngleich seine Einwendungen auch hier oft genug in den Vorwurf ausmünden werden, der Gläubiger hätte nicht befriedigt werden dürfen, besteht doch ein Bedürfnis, mit den beiden Regreßansprüchen des Bürgen auch die Einwendungen gegen beide zu sondern, weil manche Verteidigungsmittel sich nur gegen den kraft Gesetzes auf den Bürgen übergegangenen Anspruch richten können und deshalb nur Platz greifen, wenn der Forderungsübergang erfolgt ist. Die Frage nach der Aufrechnungsbefugnis des Hauptschuldners gegenüber dem Regreßanspruch des Bürgen mit einer Forderung an den früheren Gläubiger gehört zu denen, die nur dann auftauchen können, wenn der Bürge als Successor des früheren Gläubigers gedacht wird, sonst läßt sie sich überhaupt nicht beantworten, weder in verneinendem noch in bejahendem Sinne. Sie wird darum nur auszuschalten gesucht, wenn man mit dem Reichsgericht[1]) es dem klagenden Bürgen freistellt, wie er seine Regreßklage begründen will, und ausführt[2]), „gegenüber dem auf § 670 BGB. gestützten Anspruch des Bürgen sei selbstverständlich die Aufrechnung mit einem dem Beklagten gegen einen anderen als dem Kläger zustehenden Anspruch ausgeschlossen"; das hier empfohlene Mittel, der eigentlichen Beantwortung aus dem Wege zu gehen, erweist sich aber sofort als unbrauchbar, wenn man sich erinnert, daß das BGB. eine außergerichtliche Aufrechnung kennt und der Schuldner sonach aufrechnen kann, ohne von dem Bürgen

[1]) RGE. Bd. 59 S. 207 sq.

[2]) RGE. Bd. 59 S. 209.

gerichtlich belangt zu sein. Es ist durchaus irrelevant, ob der Bürge den kraft Gesetzes erworbenen Anspruch geltend machen will oder nicht, erheblich ist dagegen die Vorfrage, ob dem Bürgen nach Befriedigung des Gläubigers das Forderungsrecht, das diesem vorher gehört hatte, ohne seinen Willen zufällt oder ob der in § 774 BGB. normierte Forderungsübergang nicht zwingenden Rechtes ist. Hängt der Forderungsübergang nämlich von dem Willen des Bürgen ab, dann könnte eine Aufrechnung seitens des Schuldners auch nicht in Frage kommen, wenn dem Forderungsübergang der Wille des Bürgen entgegensteht, und es wäre unnötig zu prüfen, in welchen Grenzen eine Aufrechnung gegenüber dem Regreßanspruch überhaupt zulässig wäre. Festgestellt muß also zuvor werden, ob der Eintritt des Bürgen in die Rechte des befriedigten Gläubigers, d. i. der Forderungsübergang sich ohne, ja selbst gegen den Willen des Bürgen vollziehen kann. Die Frage ist strittig. Ebenso wie Siber, der die Ansicht vertritt, der Forderungsübergang finde nicht statt, „wenn er dem Leistungswillen des Bürgen widerspreche“[1]), meint auch Kremer[2]), es sei zu unterscheiden, ob der Bürge lediglich die Hauptschuld erfüllen oder ob er seine Bürgschaftsschuld tilgen wolle. Nur in letzterem Falle werde der gesetzliche Forderungsübergang herbeigeführt; zahle dagegen der Bürge in der Absicht, die Hauptschuld zu erfüllen, wozu er wie jeder andere berechtigt sei, dann tilge er nur die Hauptschuld und könne die untergegangene natürlich nicht mehr erwerben. Die praktische Brauchbarkeit der Ansicht muß ernstlich in Zweifel gezogen werden und auch Siber[3]), selbst kann sich nicht verhehlen, „daß es an einem Kriterium für die gemachte Scheidung gebricht.“ Worauf kann sich sein Leitsatz stützen: „die Praxis werde Erfüllung der

---

[1]) Siber, Rechtszwang S. 240.

[2]) Kremer, Mitbürgschaft S. 131 u. 145; ebenso jetzt Örtmann, Komm. 2. Aufl. S. 849.

[3]) Siber S. 240.

Hauptforderung nur dann annehmen dürfen, wenn der Bürge bei der Leistung zu erkennen gäbe, daß er die Hauptforderung nicht erwerben wolle" [1])? Auf gesetzliche, positivrechtliche Normen jedenfalls nicht; in § 774 ist nichts darüber gesagt, daß durch den Willen des Bürgen der Forderungsübergang an ihn gehindert werden könnte. Möglich wäre es allerdings, auf römische Quellenstellen und auf das im römischen wie im gemeinen Recht anerkannte beneficium cedendarum actionum zurückzugreifen und so aus der geschichtlichen Entwicklung zu folgern, daß das Recht des Gläubigers nicht ohne den Willen des Bürgen auf diesen übergehen könne; allein beweiskräftig könnte eine Berufung auf gemeinrechtliche Sätze lediglich dann sein, wenn wirklich das Regreßrecht des Bürgen im BGB. „nur aus dem gemeinen Recht zu erklären" [2]) und die Regelung in § 774 Satz 1 BGB. nur „als Ausbau des gemeinrechtlichen beneficium cedendarum actionum" [3]) anzusehen wäre. Die Tatsache jedoch, daß die Bestimmung des § 774 BGB. gegenüber der Normierung des Regreßrechts in älteren deutschen Stadtrechten und einem großen Teil partikularrechtlicher Kodifikationen keine Neuerung enthält, verbietet ihre Ableitung aus gemeinrechtlichen Sätzen, deutet vielmehr an, daß der kraft Gesetzes erfolgende Eintritt des Bürgen in die Rechtsstellung des befriedigten Gläubigers aus der Bürgschaft des germanischen Rechts herzuleiten ist. Ob die Entwicklung hier von der alten festucatio ihren Ausgang genommen hat, dem Vollzugsakt der Bürgschaft, der schon bei Eingehung des Bürgenvertrages dem Bürgen den späteren Regreß sicherte [4]), kann dahingestellt bleiben, das Vorhandensein eines spezifischen Regreßanspruchs als Korrelat der Bürgenstellung, wie es sich im deutschen Recht gefunden hat und wie es im

---

[1]) Siber, Rechtszwang S. 244.

[2]) Kremer, Mitbürgschaft S. 125.

[3]) So Siber, Rechtszwang S. 244.

[4]) Ähnlich Schröder, D. RG.[4] S. 292.

bürgerlichen Gesetzbuch zur Geltung gelangt ist, muß bewirken, daß dieses Regreßrecht und damit der Forderungsübergang auf den Bürgen zwingenden Rechtes ist. Wer als Bürge zahlt, erwirbt seiner Bürgenstellung zufolge die Forderung des Gläubigers, er muß sich als gesetzlicher Zessionar desselben die Einwendungen entgegenhalten lassen, die gegen die Hauptforderung möglich waren, und kann sich nicht darauf berufen, er habe die Forderung des Gläubigers gar nicht erwerben wollen.

§ 2.

Erst wenn diese Replik dem Bürgen genommen wird und damit der Weg für die weitere Untersuchung geebnet ist, darf die Frage geprüft werden: Kann der Hauptschuldner auch gegenüber dem Regreßanspruch des Bürgen mit einer ihm gegen den befriedigten Gläubiger zustehenden Gegenforderung aufrechnen?

Dem debitor cessus ist, wenn die Forderungsabtretung auf einem Vertrage beruht, grundsätzlich nach geltendem Recht die Aufrechnung gegenüber dem Zessionar mit Forderungen an seinen früheren Gläubiger gestattet, unzulässig ist sie nach § 406 BGB. nur

1. wenn der Zessus nach erlangter Kenntnis der Zession eine Forderung gegen den Zedenten erworben hat,
2. wenn der Schuldner zwar schon vor der Kenntnis der Zession eine Gegenforderung hatte, diese Gegenforderung aber erst nach erlangter Kenntnis der Zession und später als die abgetretene Forderung fällig gewesen ist.

Da § 412 BGB. die entsprechende Anwendung der Vorschriften über vertragliche Zession auf den Forderungsübergang kraft Gesetzes angeordnet hat, ist in § 406 BGB. auch über die Aufrechnungsbefugnis gegenüber einem gesetzlichen Zessionar entschieden. Daran wird grundsätzlich zunächst festzuhalten sein,

nur dürfte man nicht im Anschluß an Planck[1]) hier ebenso wie bei rechtsgeschäftlicher Abtretung auf den Zeitpunkt der Kenntnis von der geschehenen Abtretung entscheidendes Gewicht legen, sondern wird anders als bei vertraglicher Zession dem Zeitpunkt der Abtretung selber, in dem der Gläubigerwechsel bewirkt wird, ausschlaggebende Bedeutung beizumessen haben. Zu dieser Modifikation nötigt einmal der Gedanke, daß die ratio hier nicht zutrifft, die bei vertraglicher Abtretung für die spätere Datierung bestimmend ist, — es ist der Grundsatz, daß durch den Willen des früheren Gläubigers die Position des Schuldners nicht ungünstig beeinflußt werden soll — dann aber auch die Analogie in § 392 BGB., wo für den anderen Fall der Übertragung ohne den Willen des Gläubigers, den Fall des Forderungsüberganges kraft richterlicher Verfügung (§ 835 Abs. 2 CPO.), nach gesetzlicher Vorschrift die Wirkung der Gläubigeränderung auf den Schuldner sofort mit dem Übertragungsakt (§ 829 Abs. 3 CPO.) angeordnet ist.

Regelmäßig würde also nach dem Ausgeführten wie allgemein der debitor cessus dem gesetzlichen Zessionar gegenüber, so der Hauptschuldner dem Bürgen gegenüber mit einer ihm an den früheren, von dem Bürgen befriedigten Gläubiger zustehenden Gegenforderung aufrechnen dürfen. Nicht gestattet wäre ihm nur die Aufrechnung mit einer nach der Abtretung, — und da Abtretung und Befriedigung zusammenfallen — die Aufrechnung mit einer nach der Befriedigung des Gläubigers erworbenen und die Aufrechnung mit einer zwar vor der Befriedigung erworbenen, aber nach der Befriedigung und später als die verbürgte fällig gewordenen Gegenforderung.

Das erhaltene Resultat kann nicht befriedigen, aus dem Grunde nicht, weil die Aufrechnungsbefugnis des Hauptschuldners in allzu geringem Maße eingeschränkt, weil sie in allzu weitem

---

[1]) Planck, Komm. zu § 406 Anm. 5.

Umfange gestattet ist, wenn § 406 BGB. in der Weise angewendet wird, wie es eben geschah.

War der Gläubiger von dem Bürgen längst vor der Fälligkeit der verbürgten Forderung befriedigt worden, so wird sich gegen die Befugnis des Schuldners, dem regredierenden Bürgen gegenüber eine Forderung an den früheren Gläubiger zur Aufrechnung zu bringen, wohl schwerlich etwas einwenden lassen. Die Kompensationsmöglichkeit, die der Schuldner im Zeitpunkt der Fälligkeit seiner Schuld gehabt hätte, darf ihm durch eine Zahlung des Bürgen vor der Fälligkeit nicht genommen werden, und sie kann ihm nur dann erhalten bleiben, wenn er gegen den Bürgen kompensieren darf. Nicht zu billigen ist es aber, wenn der Hauptschuldner auch dem Bürgen gegenüber, der nach Fälligkeit der verbürgten Forderung und damit nach Fälligkeit seiner Bürgschaftsschuld gezahlt hat, in allen Fällen soll kompensieren dürfen, in denen nicht durch den Wortlaut des § 406 BGB. das Gegenteil bestimmt ist. Angewendet muß § 406 BGB. unbedingt werden, gelangt jedoch die Bestimmung schrankenlos zur Geltung, dann fällt der Unterschied zwischen Befriedigung vor Fälligkeit und Befriedigung nach eingetretener Fälligkeit der verbürgten Schuld fort, und eine verschiedenartige Behandlung, die so wünschenswert erscheint, läßt sich nicht begründen.

§ 3.

Zugegeben, daß die Anwendung des § 406 BGB. gewissen Schranken unterliegt, welcher Art sind diese Schranken?

Sie könnten hier nur zweierlei Art sein. Möglich ist, daß sie entweder im Bürgschaftsrecht, in der Natur des Bürgenregresses speziell begründet sind oder aber, daß sie in den Normen über das Institut der Aufrechnung liegen. In letzterem Fall wäre die Schranke für die Anwendung des § 406 BGB. eine allgemeine und die uns hier beschäftigende Frage aus dem Bürgenregreß nur ein Anwendungsfall, in dem jene Schranken des

Aufrechnungsinstituts zur Geltung kommen. Beide Möglichkeiten sollen im folgenden erwogen werden.

Die erste basiert in der Anschauung, daß dem Bürgen der Regreß, der ihm sonst zustände, auch erhalten bleiben muß, wenn er gesetzlicher Zessionar des früheren Gläubigers ist, und daß dieser Regreß ihm nicht durch eine Kompensation des Hauptschuldners entzogen werden darf. Sie sucht der Konsequenz zu entgehen, die dem Bürgen, einerlei, ob er sonst regreßberechtigt wäre oder nicht, lediglich deshalb, weil er Subjekt des vom Gläubiger kraft Gesetzes erworbenen Forderungsrechtes ist, den Regreß abspricht, und gipfelt in der Auffassung, daß die Anwendung des § 406 BGB. nur soweit gestattet sein kann, als durch die Bestimmung die Abweisung eines Bürgen herbeigeführt wird, der auch sonst nicht regreßberechtigt wäre.

Sonst regreßberechtigt ist aber, wie zu zeigen, nur der Bürge, der nach der Fälligkeit der verbürgten Schuld den Gläubiger befriedigt hat.

Der Bürge dagegen, der vor der Fälligkeit an den Gläubiger gezahlt hat, wird vom Schuldner nicht Ersatz verlangen können; ihm wird der Schuldner im Regreßprozeß ohne Zweifel entgegenhalten dürfen, er hätte die Befriedigung des Gläubigers unterlassen sollen. Die Zahlung ist hier nicht im Interesse des Schuldners erfolgt; der Bürge hat nicht ein negotium utiliter gestum vollführt[1]), sondern den Schuldner dadurch benachteiligt, daß er ihm seine Kompensationsmöglichkeit genommen hat. Er würde, gleichviel, ob er die Bürgschaft selber im Auftrage des Schuldners übernommen hatte, mit seiner Regreßklage nach allgemeinen Regeln nicht durchdringen.

Es unterliegt keinem Bedenken, hier dem Schuldner die Aufrechnung im Regreßprozeß zu gestatten, ist es doch für den Bürgen unerheblich, ob er aus diesem oder jenem Grunde seinen Prozeß verliert.

---

[1]) Ebenso Koban, Regreß S. 28.

Die Frage, ob der Bürge auch mit seiner Regreßklage sonst abgewiesen worden wäre, wenn er den Gläubiger nach der Fälligkeit der verbürgten Schuld befriedigt hätte, bedarf einer kurzen Erörterung.

Abweisung kann der Schuldner im Regreßprozeß erzielen, wenn er dem Bürgen entgegenhalten darf, er hätte nicht freiwillig zahlen sollen, sondern mußte es auf einen Prozeß ankommen lassen und in dem Prozeß entweder sich durch eine Einrede verteidigen oder aber mindestens ihm, dem Schuldner, den Streit verkünden.

Der Bürge selber darf dem Gläubiger gegenüber eine Forderung des Hauptschuldners nicht zur Aufrechnung bringen, es ist ihm aber, nach dem klaren Wortlaut des § 770 BGB., eine dilatorische Einrede gegeben, solange der Gläubiger gegen eine fällige Forderung des Schuldners aufrechnen kann, und damit zum Ausdruck gebracht, daß der Bürge stets die Einrede hat, wenn mit dem Schuldner auch der Gläubiger kompensieren darf, jedoch nicht dann, wenn nur der Schuldner, nicht aber der Gläubiger aufrechnen kann. Allein auch dann, wenn die Einrede aus § 770 BGB. dem Bürgen gewährt ist, wird der Vorwurf des Hauptschuldners, der Bürge hätte sich dem Gläubiger gegenüber mit ihr verteidigen müssen, in keiner Weise durchgreifend sein. Denn die allgemeine Regel, daß der Bürge sich der ihm zustehenden, bekannten Einreden auch bedienen muß[1]), kann nur gelten, wenn der Bürge in gleicher Weise und mit gleichem Erfolg die Einreden des Hauptschuldners vorbringen kann wie dieser; sie wird dort durchbrochen, wo die Einrede des Bürgen sich weniger wirksam erweist als die des Hauptschuldners; sie wird nicht zur Anwendung kommen, wenn sich, wie hier, der Schuldner durch eine außergerichtliche Aufrechnungs-

---

[1]) Ebenso Hölder, Arch. f. zivil. Pr. 93 S. 120, auch Endemann Lehrb. I S. 1200.

erklärung dauernd seiner Schuld entledigen kann, während der Bürge durch seine Aufrechnungseinrede „zweiter Klasse“ [1]) nur *provisorische* Klageabweisung erzielen kann.

Der Bürge ist auch nicht verpflichtet, es auf einen Prozeß ankommen zu lassen und dem Schuldner dann den Streit zu verkünden. Während heute anders als im Preuß. Landr. eine Pflicht zur Streitverkündung für den Bürgen im allgemeinen nicht besteht, wäre sie u. E. dort anzuerkennen, wo der Schuldner durch eine ihm gewährte Einrede mehr erreichen könnte als der Bürge, entweder weil dem letzteren eine weniger wirksame Einrede gegeben oder ihm jede Einrede versagt ist. Das träfe für den Fall zu, wo der Hauptschuldner kompensationsberechtigt ist; ist er es zusammen mit dem Gläubiger, dann darf sich der Bürge auf § 770 Abs. 2 BGB. berufen, ist er es allein, so hat der Bürge keine Einrede. Sonach würde hier eine Pflicht zur Streitverkündung bestehen, allerdings wiederum unter einer Voraussetzung: wenn nämlich der Hauptschuldner seine Kompensationsbefugnis nur vor Gericht ausüben könnte. Da aber die Aufrechnung nach dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs auch durch außergerichtliche Erklärung möglich ist, kann die Streitverkündung unterbleiben; weil die Streitverkündung nur dazu bestimmt ist, den Schuldner zur Beteiligung am Prozeß aufzufordern, ist sie unnötig, wo der Schuldner seine Befugnis ebenso wirksam ohne Beteiligung am Rechtsstreit ausüben kann. Selbst ein Ersatz der Streitverkündung durch einfache Mitteilung erübrigt sich hier, wo nach unserer Annahme der Schuldner von seiner Aufrechnungsbefugnis Kenntnis hat.

Brauchte der Bürge dem Gläubiger nicht die Einrede aus § 770 BGB. vorzuschützen, wenn sie ihm gegeben war, und bestände für ihn auch nicht die Pflicht, dem Hauptschuldner den Streit zu verkünden, dann wird der Bürge, der auf die Ein-

---

[1]) *Leonhard-Eck* Vortr. Bd. 1 S. 365 Anm. 2.

rede der Vorausklage verzichtet hat, sofort nach Fälligkeit der verbürgten Schuld freiwillig zahlen dürfen, ohne eine Einwendung des Schuldners im Regreßprozeß befürchten zu müssen.[1])

Und sollte derselbe Bürge, der sonst mit der Regreßklage durchgedrungen wäre, deshalb abgewiesen werden, sollte er seinen Regreß deshalb verlieren, weil der Schuldner ihm eine Forderung an den früheren Gläubiger zur Aufrechnung entgegenstellen kann? Dann hätte der gesetzlich ihm zugesicherte Regreß zur Folge, daß ihm ein ohnehin gewährter Ersatzanspruch genommen wird.

Ausgewichen kann diesem Resultat nur durch die Beweisführung werden, daß der gesetzliche Forderungsübergang diese Wirkung nicht haben darf und daß darum die Vorschriften, die sie herbeiführen würden — zu ihnen gehört § 406 BGB. —, insoweit nicht anzuwenden sind. Wie soll aber der Beweis erbracht werden? Sicherlich nicht dadurch, daß von vornherein davon ausgegangen wird, der gesetzliche Eintritt in die Rechte des befriedigten Gläubigers stelle für den Bürgen eine Vergünstigung dar, die nie in eine Schädigung ausarten könne; gerade der Ausgangspunkt ist hier thema probondum, und jeder Versuch,

---

[1]) Daraus folgt, daß der Schuldner, dessen Gegenforderung an dem Tage der Fälligkeit seiner Schuld kompensabel ist, selber spätestens an diesem Tage aufrechnen und den Bürgen von der geschehenen Aufrechnung benachrichtigen muß, sonst wird er dem Bürgen nicht entgegenhalten können, er hätte die Befriedigung des Gläubigers unterlassen sollen.

War die Gegenforderung des Schuldners zu jener Zeit noch nicht kompensabel, weil noch nicht fällig, so wird sich noch weniger etwas gegen die freiwillige Befriedigung des Gläubigers seitens des Bürgen einwenden lassen, zumal der Bürge sich dann nicht auf die Einrede aus § 770 BGB. hätte berufen können. Es wird nicht zu verlangen sein, daß der Bürge mit der Befriedigung wartet, bis der Schuldner kompensieren darf; ebenso liegt keine Veranlassung vor, die sofortige Befriedigung nach Fälligkeit der verbürgten Schuld als den „krassesten Fall einer dem Schuldner nachteiligen Zahlung“ (so Koban, Regreß S. 30) anzusehen und dem Bürgen darum den Regreß nicht zu gewähren.

das Verhältnis zwischen dem allgemeinen Ersatzanspruch des Zahlers einer fremden Schuld und speziellen Regreß des Bürgen festzustellen, kann von diesem Ausgangspunkt aus nicht positives Recht ergründen, sondern nur zu subjektiv gefärbten rechtspolitischen Forderungen führen. Wäre es anders, so würden so verschiedene Ergebnisse unmöglich sein, wie das von Siber[1]) erzielte, der in Übereinstimmung mit Enneccerus[2]) gemeint hat, „der praktische Zweck der cessio legis sei offenbar der, dem Bürgen auch da, wo sich dies nicht schon aus Auftrag oder Geschäftsführung ergibt, ein Rückgriffsrecht zu gewähren", während Koban[3]) die Ansicht vertritt, „der Zweck der Subrogation in die alten Gläubigerrechte könne nur darin liegen, einen Regreß der möglichst besten Qualität, aber doch nur in den Fällen zu gewähren, in denen sich ein Ersatzanspruch aus dem inneren Verhältnisse zum Hauptschuldner ergibt." Schon mit der Formulierung der verschiedenen Ansichten tritt hier klar der Verzicht auf die Erforschung des geltenden Rechts zutage, statt dessen werden rechtspolitische Anschauungen gegeben. Das geltende Recht enthält aber keine allgemeine Regelung der Beziehungen zwischen den beiden Regreßansprüchen zu einander, und darum läßt sich schlechterdings auf der Grundlage des BGB. keine allgemeine Entscheidung über das Verhältnis zwischen beiden Regreßansprüchen fällen, weder in dem Sinne, daß der Regreß auf Grund der Subrogation umfangreicher ist als der sonst gegebene, noch daß die Subrogation den Verlust des ohnehin gewährten zur Folge haben kann. Nur das ist aus dem Gesetz zu entnehmen (cf. § 774 Abs. 3 i. Vbg. mit Abs. 1 BGB.), daß der Bürge mit dem gesetzlichen Regreßanspruch dort nicht durchdringen darf, wo der Schuldner ihm Einwendungen aus dem internen Verhältnis entgegensetzen kann, nach dieser Richtung

[1]) Siber, Rechtszwang S. 244.
[2]) Enneccerus, Lehrbuch I. 2 Aufl. S. 770.
[3]) Koban, Regreß S. 64.

ist durch positives Recht in der Tragweite der beiden Regreßansprüche ein Parallelismus hergestellt, eine Kollision ausgeschlossen. Die positive Formulierung dagegen, daß der Bürge mit dem gesetzlichen Regreßanspruch dort durchdringen muß, wo der Schuldner ihm nicht Einwendungen aus dem internen Verhältnis entgegensetzen kann, findet im Gesetz nicht in gleicher Weise ihre Stütze; in dieser Hinsicht ist deshalb immer noch die Möglichkeit einer Kollision zwischen den Ansprüchen wenigstens ins Auge zu fassen, und es bedarf erst noch des Beweises, weshalb und wie hier eine Kollision vermieden wird, bevor ein allgemeines Urteil über die Beziehung zwischen den Regreßansprüchen abgegeben werden kann, in dem über eine mögliche Kollision völlig hinweggegangen wird.

§ 4.

Nach dem Ausgeführten muß es als verfehlt erscheinen, die Frage nach der Aufrechnungsbefugnis des Hauptschuldners im Regreßprozeß dadurch zu lösen, daß zuvor das Verhältnis des allgemeinen Ersatzanspruchs zu dem speziellen Bürgenregreß geprüft wird, geschähe es, so würde eine Unbekannte nur durch die andere ersetzt. Es muß vielmehr gesondert, für sich allein untersucht werden, inwieweit der Schuldner gegenüber dem Regreßanspruch des Bürgen gerade kompensieren darf; dann wird das vorhin erhaltene Resultat, das dem Bürgen, je nachdem er vor oder nach der Fälligkeit seiner Schuld den Gläubiger abgefunden hat, den Regreß zu- oder abspricht, lediglich als Richtschnur für die zu fällende Entscheidung dienen können, ihre Begründung muß aber auf andere Weise gegeben werden. Die Anwendung des § 406 BGB. wird hier anderen Schranken unterworfen sein müssen, Schranken, die nicht bloß die Aufrechnungsbefugnis des Schuldners im Regreßprozeß des Bürgen, sondern auch die des debitor cessus gegenüber dem Zessionar

abgrenzen, ja noch darüber hinaus, Schranken, die für die Wirkung der Aufrechnung allgemein bestimmend sind.

Eine eigenartige Wahrnehmung weist uns hier auf den rechten Weg. Wenn die Vorschrift des § 406 BGB. gegen den Bürgen Platz greift, der den Gläubiger vor der Fälligkeit befriedigt hat, so erfüllt die Norm eine ganz andere Funktion als dann, wenn sie gegen den Bürgen angewendet würde, der nach der Fälligkeit gezahlt hat, und nur eine der beiden so grundverschiedenen Funktionen kann der Bestimmung zugrunde liegen. Dürfte der Hauptschuldner dem Bürgen gegenüber, der den Gläubiger vor Fälligkeit seiner Forderung befriedigt hat, eine Gegenforderung an den früheren Gläubiger nicht mehr zur Aufrechnung bringen, so würde ihm sein Verteidigungsmittel entzogen, eine Pflicht zur Realleistung, die seinem Gläubiger gegenüber nicht bestanden hatte, würde durch das Verhalten des Bürgen erzeugt werden. Um das zu verhüten, muß der Schuldner gegen den gesetzlichen Zessionar geschützt werden, und die als Schutzvorschriften gedachten Anordnungen der §§ 404 sq., zu denen auch § 406 BGB. zählt, müssen notwendig eingreifen, um dem Schuldner, dem debitor cessus, sein Verteidigungsmittel zu erhalten. Wäre dem Schuldner aber auch dann die Aufrechnung erlaubt, wenn der Bürge nach der Fälligkeit der verbürgten Schuld gezahlt hat, so würde die Bestimmung des § 406 BGB. den Erfolg haben, daß der Schuldner von einer ihm sonst obliegenden Pflicht zur Ersatzleistung befreit wird. Sie hörte dann auf, Schutzvorschrift zu sein, und würde nicht mehr zur Verteidigung des debitor cessus dienen, sondern, ein Angriffsmittel in der Hand des Schuldners darstellend, diesem einen ungerechten Vorteil schaffen und jedenfalls den Bürgen über Gebühr benachteiligen.

Gelingt der Nachweis, daß § 406 BGB. nur soweit platzgreifen darf, als zur Verteidigung des debitor cessus erforderlich ist, daß jede weitere Wirkung aber unterbleibt, so wäre die der

Billigkeit entsprechende Lösung gefunden. Um aber den Nachweis zu führen, der sich nur auf einen speziellen Fall der Aufrechnung erstreckt, wird man nicht umhin können, in gewissen Grenzen das gesamte Institut der Aufrechnung heranzuziehen, um mit dem Beweise, daß die Aufrechnung im allgemeinen ein Verteidigungsmittel ist, dem eine agressive Tendenz nicht innewohnt, zugleich darzutun, daß die Regel, der das gesamte Institut unterworfen, auch für den Spezialfall des § 406 BGB. gilt; ist sie doch, wie zu zeigen, in dem Wortlaut der genannten Bestimmung zum Ausdruck gelangt!

Die defensive Natur der Aufrechnung wird nicht aus ihrer Konstruktion als Rechtsgeschäft zu begründen sein, diese Konstruktion könnte eher geeignet sein, den wahren Charakter zu verwischen, der lediglich bei der prozessualen Aufrechnung, der Kompensationseinrede zum Vorschein kommt.

Bei der Darstellung wird es vielmehr notwendig sein, die gerichtliche Aufrechnung in den Vordergrund zu rücken und, von ihr ausgehend, zu zeigen, daß auch die Aufrechnung des BGB., trotzdem ihre Vornahme außerhalb des Rechtsstreits gesetzlich sanktioniert ist, dennoch in ihrer Wirkung zessiert, wo die gerichtliche Kompensationseinrede, die Aufrechnung als Prozeßhandlung nicht wirksam vorgenommen werden kann, kurz, daß die Aufrechnung des BGB. den Schranken des Prozeßrechts unterliegt. Sie verbürgen die defensive Natur der Aufrechnung auch im geltenden Recht und ermöglichen die Entscheidung, daß der Hauptschuldner eine Forderung gegen seinen früheren Gläubiger nicht mehr dann dem Bürgen gegenüber zur Aufrechnung bringen darf, wenn dieser den Gläubiger nach der Fälligkeit der verbürgten Schuld befriedigt hat.

Im jetzigen Recht kann die Aufrechnung sowohl als Rechtsgeschäft wie als Prozeßhandlung betrachtet werden. Nach der Regelung des BGB. wird freilich in der Literatur über die Aufrechnung größtenteils der rechtsgeschäftliche Charakter in

einseitiger Weise betont, und, soweit die Aufrechnung überhaupt als Prozeßhandlung angesehen wird, begnügt man sich darauf hinzuweisen, daß die Form[1]) ihrer Vornahme durch das Prozeßrecht geregelt wird, ohne daß jedoch in eine prinzipielle Erörterung über das Verhältnis zwischen rechtsgeschäftlicher und außergerichtlicher Aufrechnung nach ihrer Tragweite eingetreten wird. Die Normierung der Aufrechnung als Rechtsgeschäft hat der Konstruktion des Instituts, wie es scheinen könnte, ganz neue Bahnen geebnet, auf konstruktivem Wege werden früher nie gekannte Theorien der Aufrechnung ersonnen, die vor allem über ihre systematische Stellung Klarheit schaffen wollen, während geschichtliche Argumente zur Lösung von Fragen des positiven Aufrechnungsrechts gar zu selten herangezogen werden. Eine geschichtliche Betrachtungsweise lehrt aber die Unhaltbarkeit der Konstruktionen, welche die Aufrechnung nur als Rechtsgeschäft ins Auge fassen; indem sie zeigt, daß sich das Institut nur im Zusammenhang mit dem Prozeß hat entwickeln können, legt sie den Schluß nahe, daß auch heute das Schwergewicht auf die Prozeßhandlung der Aufrechnung zu legen ist.

§ 5.

Die Tatsache, daß es in Zeiten, wo das Prozeßrecht nur unvollkommen gestaltet war, nicht zur Ausbildung des Kompensationsinstituts gekommen ist, daß vielmehr die Entstehung des Kompensationsrechts gleichen Schritt mit der Entwicklung des Prozeßrechts gehalten hat, läßt deutlich die Abhängigkeit der Aufrechnung vom Prozesse hervortreten. Wir finden eine Aufrechnung weder im römischen Legisaktionenverfahren noch im deutschen Rechtsgang, ja selbst nicht im deutschen Gerichtsverfahren bis nach der Reception[2]). Es konnte wie im deutschen so im römischen Prozeß ursprünglich nur über eine Forderung

[1]) Gaupp-Stein, 8. u. 9. Aufl., Bd. 1, Anm. zu § 128 CPO.

[2]) Dernburg, Comp.² S. 266 sq.

entschieden werden; die von Jhering sogenannte „analytische Struktur“[1]) mit dem Grundsatz, „jede Klage ist nur eine Frage an den Richter“ ist nichts spezifisch Römisches, sie gilt auch für die ursprüngliche Form des deutschen Verfahrens. Die Unzuträglichkeit, die darin lag, daß jeder seine Forderung besonders einklagen mußte[2]), wurde nach dem Recht des Sachsenspiegels dadurch gemildert, daß der frühere Kläger wenigstens vor dem gleichen Gericht als Beklagter Recht nehmen mußte; dann gelangten Forderung und Gegenforderung zwar vor dem gleichen Gericht, aber noch in durchaus getrenntem Verfahren zur Aburteilung. Ebenso konnte auch in Rom der Beklagte, der an seinen Gegner eine Forderung hatte, ihn vor dem Richter belangen, der über die erste Klage entschied[3]); Klage und Widerklage wurden auch in Rom vor denselben judex gebracht, blieben aber hier prozessualisch von einander unabhängig; jeder Prozeß endigte mit einem besonderen Urteil. Auf dieser Stufe der Entwicklung ist das deutsche Recht stehen geblieben, das römische schritt fort, es hat allerdings auch noch nicht unmittelbar die Kompensation ausgebildet, die sich bereits im Urteil des Richters vollzieht. Im römischen Vollstreckungsverfahren ist der Grund des Institutes gelegt worden[4]). Wenn der Kläger mit der actio judicati seine ganze Forderung geltend machen wollte, obwohl ihr eine andere Judikatsforderung gegenüberstand, beging er einen offenbaren dolus, der Prätor schützte den Gegner, der sich auf diesen dolus berief, durch die Insertion einer exceptio doli in die Formel und bewirkte dadurch wie immer völlige Abweisung des Klägers. In klassischer Zeit gab es keine Exceptionen, die nur eine Minderung des Klagebegehrens[5]) hätten

---

[1]) Jhering, Geist d. r. R. III 1 4. Aufl. S. 21.

[2]) Zu vergl. Dernburg, Comp.² S. 268.

[3]) Appleton, Histoire S. 237 sq. Wenger, actio judicati S. 70

[4]) Zu dem folgenden zu vergl. Appleton a. a. O.

[5]) Pernice, Labeo II 1 2. Aufl. S. 307 sq.

herbeiführen können; wenn aber dennoch nach dem unzweifelhaften Zeugnis der Institutionen die Kompensation durch eine exceptio doli Eingang in die stricti juris judicia gefunden hat, so mußte zuvor eine Teilung der actio judicati seitens des Klägers in zwei actiones vorgenommen werden [1]) und die exceptio doli, die völlige Klageabweisung bewirkte, wurde eben nur in die Formel der Judikatsforderung aufgenommen, welche der vom Beklagten vorgeschützten Gegenforderung an Höhe gleichkam. Infolge dessen mußte der Kläger mit der einen Judikatsforderung, d. h. in Höhe der vom Gegner vorgebrachten Forderung, abgewiesen werden und konnte im übrigen durchdringen; so war dann wirklich durch eine exceptio doli die Kompensation ermöglicht worden. Es ist nur wahrscheinlich, daß im Laufe der Zeit die Zweiteilung der actiones für etwas Überflüssiges gehalten und tatsächlich zu einer „exceptio, quae minnit condemnationem" geschritten worden ist; für die Folgezeit, als die Scheidung zwischen jus und judicium verschwand, als schließlich die Formeln abgeschafft wurden, da berücksichtigte man schon im Urteil die Gegenforderung, und es wurde auf die Differenz erkannt. So hatte die Idee Marc Aurels, der gelegentlich eines konkreten Falles die exceptio doli als Mittel für die Minderung der Klagforderung gegeben hatte, Anklang gefunden; die exceptio doli ist das Gerüst [2]) gewesen, an dem das Institut der Kompensation aufgebaut wurde, sie konnte darum verschwinden, als das Gebäude fertig war. Geblieben ist trotz Wegfalls der exceptio deren Funktion; das Vorbringen einer Gegenforderung war nach wie vor eine reine Defension des Beklagten gegen den Kläger, ein Verteidigungsmittel, das anfänglich nur die Exekution bis zur Höhe der Gegenforderung hinderte, später die Verurteilung auf die gleiche Summe bewirkte.

---

[1]) cf. Appleton S. 283, und ihm folgend Wenger a. a. O. S. 74.
[2]) cf. Appleton S. 288.

Wie aus dem Voraufgegangenen zu entnehmen, hat es geraume Zeit gedauert, bis sich das Institut der Aufrechnung hat völlig ausbilden können; es bedurfte dazu einer verhältnismäßig komplizierten Ausgestaltung des Prozesses, so kompliziert, daß sich zu ihr das deutsche Recht aus eigener Kraft nicht hat aufschwingen können. Und so lange, als im Prozeß nicht kompensiert werden konnte, hat es ein gesetzliches Institut der Aufrechnung nicht gegeben[1]), die Existenz einer außergerichtlichen, gesetzlichen Kompensation in früheren Zeiten ist ein Nonsens. Die Behauptung F. Leonhards[2]), schon im ältesten römischen Recht sei die Kompensation durch einseitiges Rechtsgeschäft vollzogen worden, muß deshalb unhaltbar sein, weil sie notwendig eine mindestens gleichzeitig bestehende prozessuale Aufrechnung zur Voraussetzung hat, sie findet vollends in den systematischen Einteilungen der Quellen keine Stütze, denn hier wird die compensatio in der Lehre von den Prozeßhandlungen, nicht aber im Obligationen- oder Vertragsrecht abgehandelt. Einer späteren Systematik erst, für die der sog. Brachylogus vorbildlich gewesen ist[3]), gefiel es, die compensatio unter den modi tollendarum actionum aufzuzählen und demgemäß auch ihre Voraussetzungen in den Systemen des Privatrechts zu regeln, Voraussetzungen, welche durch die Stellung der compensatio im Prozeß bedingt waren und nur für eine Gestaltung des Prozesses gelten konnten, die, weil damals vorherrschend, als die einzig mögliche gedacht war. Eine außergerichtliche Aufrechnung war damit noch keineswegs anerkannt worden, auch dann noch nicht, als

---

[1]) Die Richtigkeit dieses Grundsatzes ist unabhängig davon, ob man sich der im Text gebilligten Auffassung Appletons anschließt oder ob man sich zu der herrschenden Lehre bekennt oder endlich, ob man der neuerdings von Kretschmar in seiner Abhandlung „Über die Entwicklung der Kompensation im r. R.“ (Leipzig 1907) verfochtenen Theorie folgt.

[2]) F. Leonhard, Die Aufrechnung. 1896.

[3]) cf. Eisele, Comp. S. 391.

Bartolus infolge einer irrigen Auslegung des Satzes: ipso jure compensatur für sie eingetreten war. Erst der preußischen Praxis unter der Herrschaft des ALR. blieb es vorbehalten, auch der außergerichtlichen Aufrechnung Wirkung beizulegen, die Theorie acceptierte diese Auffassung, die auch in der jüngsten gemeinrechtlichen Theorie zahlreiche Anhänger fand. Eine starke Strömung hielt aber an dem alten Dogma fest und besonders Windscheid[1]) meinte, „daß in anderer Weise als durch Entgegensetzung der Kompensationseinrede und Erlangung eines den Gläubiger zurückweisenden Urteils der Schuldner nicht bewirken könne, daß die beiden Forderungsrechte definitiv erloschen seien." Allein auch dort, wo die Aufrechnung außergerichtlich stattfand, hat sie ihren Abwehrcharakter bewahrt; nach wie vor berief man sich immer als Beklagter auf seine Gegenforderung. Weil es der allgemeinen Rechtsanschauung nicht angepaßt war, daß der Schuldner selber auf Grund einer erklärten Aufrechnung aggressiv vorging, erfand die Doktrin eine Klage auf Kompensation, um dem Schuldner den Erfolg zu sichern, den er erzielt haben würde, wenn der Gläubiger „nicht die ihm angebotene Kompensationsofferte zurückgewiesen und sich dadurch in Unrecht gesetzt hätte[2])" — ein beredtes Zeugnis dafür, daß stets der Beklagte als Aufrechnender angesehen wurde und daß man sich die Aufrechnung als Verteidigungsmittel vorstellte. Es war von diesem Standpunkt aus nur von geringer Bedeutung, daß man außergerichtlich aufrechnen durfte; dies ist aber einzig und allein der Standpunkt, der eine einheitliche Regelung der Kompensationseinrede im Reichszivilprozeß ermöglichte zu einer Zeit, wo in den Partikularrechten die Aufrechnung teilweise nur im Prozeß, teilweise auch außergerichtlich gestattet war. Merkwürdigerweise flackerte gerade jetzt ein Streit darüber auf, ob

---

[1]) Windscheid, Pand. II § 349 Nr. 5.

[2]) cf. Windscheid, Pand. II § 349 Anm. 16.

die Kompensationseinrede in der R.=CPO. noch Verteidigungs=mittel geblieben oder ein selbständiges Angriffsmittel geworden sei. Mochte auch die Fassung mancher Bestimmungen der R.=CPO. so gehalten sein, daß man zweifeln konnte, ob die Aufrechnung ein reines Verteidigungsmittel sei oder nicht — von Schollmeyer und Osann ist Abweichendes gelehrt worden —, der Streit verlor erheblich an Bedeutung, nachdem das Reichsgericht sich der Meinung Petersens von der Einredenatur der Kompensation angeschlossen und seiner Theorie damit zum Sieg in der Praxis verholfen hatte. Die Neuredaktion der CPO., die am 1. Januar 1900, also gleichzeitig mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch, in Kraft getreten ist, hat den Wortlaut der fraglichen Bestimmungen geändert und dadurch das, was schon vorher allgemein herrschende Meinung war, zum Gesetz erhoben, so daß für das heutige Recht an dem Verteidigungscharakter der Aufrechnung im Prozeß ein Zweifel schlechthin ausgeschlossen sein muß und, falls Aufrechnung im Prozeß und Aufrechnung des BGB. nicht etwas Verschiedenes sind, ein Zweifel daran, daß auch die Aufrechnung des BGB. eine defensive Natur hat, unmöglich erscheint.

Dennoch wird gerade der defensive Charakter der Aufrechnung des BGB. wohl kaum irgendwo in der Literatur hervorgehoben, andere Auffassungen, die von anderen Gesichtspunkten ausgehen, finden sich hingegen vertreten, und sie sind hier als gegnerische deshalb aufzuführen, weil sie die Funktion der Aufrechnung im Prozeß vernachlässigen. Die abweichenden Ansichten über das Wesen der Aufrechnung im BGB. resultieren wesentlich aus zwei Momenten. Einmal, wie eben bemerkt, daraus, daß die Aufrechnung ohne Zusammenhang mit dem Prozeß betrachtet wird, dann aber in hohem Maße aus dem Bestreben, Institute des geltenden Rechts, von ihren geschichtlichen Grundlagen losgelöst, in neue, schon fertig gestellte Gebäude von „Rechten“ eigener Art einzureihen und auf konstruktivem Wege

zu erklären, was oft gerade einer Erklärung auf diesem Wege widerstrebt.

Der Defensivcharakter der Aufrechnung konnte nur für eine äußerliche Betrachtungsweise mit ihrer außergerichtlichen Zulassung hinfällig werden. Da jeder, der eine kompensable Gegenforderung hat, heute die Initiative ergreifen kann, tritt die eigentliche Natur der Kompensationseinrede bei der Aufrechnung des BGB. in den Hintergrund, ja, sie scheint durchaus verwandelt zu sein. Wer Aufrechnung erklärt, scheint die Rolle des Angreifers übernommen zu haben, und der Aufrechnungsgegner muß dann als der leidende Teil gelten, dem eine Befriedigung aufgezwungen"[1]) wird. Dann muß allerdings in der Aufrechnung eine aggressive Tendenz gefunden werden, die, in Konstruktionsform gekleidet, in der Theorie Eingang gefunden hat. Anknüpfend an die Motive zum Entwurf des BGB., welche die Aufrechnung als „Selbstexekution"[2]) bezeichnen, hat man, uneingedenk der Verteidigungsstellung, die der prozeßrechtlichen Kompensation eigentümlich ist, gemeint, „der Zwang gebe das Wesen der Aufrechnung ab"[3]) und die „Aufrechnungslage gewähre eine Verfügungsbefugnis" über die Forderung des anderen"[4]). Allein jeder Weg, der zum Ausgangspunkt die Bezeichnung der Aufrechnung als Selbstbefriedigung hat, führt über das Ziel hinaus. Man kann freilich mit Siber behaupten, „die Aufrechnung gehe der Zwangsvollstreckung parallel"[5]), die Behauptung aber, daß dies aus ihrem Wesen als Selbstbefriedigung folge, trifft nicht zu. Nur die Beschränkungen der Zwangsvollstreckung sind teilweise die gleichen wie bei der Aufrechnung, und sie konnten es bei den grundsätzlich so verschiedenen Instituten darum sein, weil sowohl Zwangs-

[1]) Motive II S. 113.
[2]) Motive II S. 113.
[3]) Lippmann in Jhergs. Jhrb. Bd. 43 S. 521.
[4]) Ohnsorge in Jhergs. Jhrb. Bd. 20 S. 287.
[5]) cf. Siber, Comp. u. Aufr. S. 137.

vollstreckung wie Aufrechnung den Gegner an der Realisierung seiner Forderung dort hindern würden, wo ihm gerade die Realisierung gewährleistet sein soll.

Was sich gegen die Auffassung der Aufrechnung als Selbstbefriedigung vorbringen läßt, ist auch gegen jede Vertiefung auf der gleichen Grundlage einzuwenden. Es ist in methodischer Hinsicht überaus charakteristisch, wenn F. Leonhard[1]), als er darauf ausging, die aggressive Tendenz der Aufrechnung tiefer zu begründen, annahm, in ihr „müsse noch ein besonderes Recht stecken, kraft dessen der Gläubiger seine Befriedigung durchsetzen könne, es sei das die Befugnis," zwangsweise das Forderungsrecht des Gegners zu verwerten, und dementsprechend das „Recht zur Aufrechnung" als „Zwangsverwertungsrecht"[2]) definiert und entwickelt hat. Jetzt galt es, diesem sonderbaren Recht seinen Platz im System anzuweisen, eine Analogie mit dem doktrinären Begriff des Pfandrechts an der eigenen Schuld konnte in manchen Punkten gefunden werden[3]), ja in einer Schrift hat Weigelin[4]) die Identität beider Begriffe nachzuweisen gesucht, freilich ohne Erfolg. Denn die prozessuale Funktion der Aufrechnung als Verteidigungsmittel ist hier vollkommen übersehen, statt dessen wird die Frage nach dem „Zweck des Rechts auf Aufrechnung" aufgeworfen, sie wird dahin beantwortet, daß dieser Zweck in erster Linie Sicherung des Forderungsberechtigten sei, wobei unbeachtet bleibt, daß die verhältnismäßig günstige Lage dessen, der eine kompensable Forderung hat, nur ein Reflex ist aus der ihm verbleibenden Befugnis, die Klage des Gegners zur Abweisung zu bringen. Schließlich steht das Gesetz auch nicht auf

---

[1]) F. Leonhard, Arch. f. b. R. Bd. 21 S. 208 und in Anlehnung an ihn Feder in Goldschm. Zeitschr. Bd. 54 S. 496/7.

[2]) Übereinstimmend jetzt Örtmann, Komm., 2. Aufl., S. 248.

[3]) cf. F. Leonhard, Arch. f. BR. Bd. 21 S. 211 sq.

[4]) Weigelin, Das Recht zur Aufr. als Pfandrecht an der eigenen Schuld. 1904.

seiten derer, welche die Theorien des Zwangsverwertungs- oder Pfandrechts vertreten, und wenn Feder Aufrechnung und Absonderung im Konkurs nicht als etwas Verschiedenes ansieht, sondern die Aufrechnung nur für eine Art der Absonderung hält und daraus folgert, „es sei systematisch inkorrekt, wenn die Konkursordnung im fünften Titel von der Absonderung, im sechsten von der Aufrechnung handele, statt beide in einem Titel zu erledigen“[1]), so wird durch seine Kritik nur bewiesen, daß die von ihm postulierte Systematik nicht die des geltenden Rechts ist.

§ 6.

Allein, was will es bedeuten, wenn sich die Konstruktionen der Aufrechnung auf der Grundlage des BGB. soweit ab von dem verirren, was sich geschichtlich belegen läßt, wenn sie die Aufrechnung des BGB. durch alles andere klarlegen wollen, um bloß nicht ihres Charakters als Prozeßhandlung zu gedenken! Es kommt doch nur darauf an, ob sich die einzelnen Bestimmungen des positiven Rechts durch diese Theorien erklären lassen oder nicht, und wenn für eine Erklärung auf diesem Wege kein Raum ist, ob dagegen vielleicht in den einzelnen Gesetzesvorschriften der Charakter der Kompensationseinrede als Verteidigungsmittel gewahrt ist. Die Bedeutung dieses Unterschiedes für unser Thema ist einleuchtend. Wird nämlich die Aufrechnung nur als Rechtsgeschäft angesehen, das, prozeßrechtlichen Normen nicht unterworfen, erschöpfend durch das BGB. geregelt ist, dann kann der Hauptschuldner auch dem Bürgen gegenüber auf Grund des § 406 BGB. eine Forderung an den früheren Gläubiger aufrechnen, wenn der Bürge nach der Fälligkeit seiner Schuld den Gläubiger befriedigt hat.

Hingegen ist eine andere Entscheidung nur möglich, wenn gezeigt wird, daß die Aufrechnung überall Prozeßgesetzen

---

[1]) Feder a. a. O. S. 499.

untersteht und daß deshalb § 406 BGB., weil ein Fall der Aufrechnung, nicht seinem Wortlaut nach zur Anwendung kommen kann, wo das Verteidigungsmittel der Kompensationseinrede unzulässig wäre. Dann könnte auch das Ergebnis der geschichtlichen Entwicklung für das positive Recht nutzbar gemacht und zugleich für die tatsächlich vorhandene Einheit von Aufrechnung und Kompensationseinrede eine Form gefunden werden.

Aus der Rechtsgeschäftsnatur der Aufrechnung läßt sich weder erklären, daß die Aufrechnung mit Forderungen an den Zedenten dem Zessionar gegenüber überhaupt gestattet ist noch in welchem Umfange sie zulässig ist, die Vorschrift des § 406 BGB. ist ein unergründliches Rätsel für alle, die ihre Konstruktionen ohne Rücksicht auf den Prozeß aufstellen.

Dagegen läßt sich der Wortlaut der Bestimmung erklären, sobald man die Aufrechnung als Prozeßhandlung und als Verteidigungsmittel betrachtet, und darum läßt sich behaupten, daß in dem Wortlaut der Vorschrift wenigstens die Einheit von Aufrechnung und Kompensationseinrede gewahrt ist.

Die grundsätzliche Zulässigkeit der Aufrechnung gegenüber dem Zessionar mit Forderungen an den Zedenten folgt daraus, daß sie ein Verteidigungsmittel ist. War einmal der Satz anerkannt: durch die Zession dürfe die Position des Schuldners nicht verschlechtert werden, so mußten dem Schuldner alle Verteidigungsmittel gegen seinen früheren Gläubiger erhalten bleiben; dieser Maxime hat das BGB. Rechnung tragen müssen, indem es nach § 406 BGB. speziell die Kompensationseinrede, nach § 404 BGB. alle anderen Einwendungen dem debitor cessus gegeben hat. Ein weiteres war zur Verteidigung des cessus nicht erforderlich; die nach der Zession entstandenen Einwendungen, die gegen den früheren Gläubiger begründet gewesen wären, dürfen dem neuen Gläubiger gegenüber nicht vorgebracht werden (§ 404 BGB.), und ebenso ist gegen ihn die Aufrechnung mit einer nach der (für ihn wirksamen) Abtretung erworbenen Gegen-

forderung unzulässig. Insoweit ist § 406 sicherlich nur ein Unterfall des § 404 BGB., nicht etwa ein Ausnahmefall. Sollte die Bestimmung des § 406 aber nicht auch ein Unterfall des § 404 sein, sofern sie auch die Aufrechnung gegen den Zessionar ausschließt, wenn die Forderung des Zessus gegen den Zedenten schon vor der Zession erworben, aber noch nicht fällig war und erst später als die zedierte zur Fälligkeit gelangte?

Daß der cessus auch dann noch aufrechnen darf, wenn seine Forderung zwar nach der Zession, aber gleichzeitig mit der abgetretenen Forderung fällig wird, läßt sich auch als Folge des oben erwähnten Satzes hinstellen, der jede ungünstige Beeinflussung des Schuldners durch die Zession verbietet, wie läßt es sich aber erklären, daß hier gerade die Grenze für die Kompensationsbefugnis des Schuldners gezogen ist, daß ihm bei späterer Fälligkeit seiner Forderung die Aufrechnung versagt ist? Bestand eine Notwendigkeit dafür, oder wäre es nicht ebenso angängig gewesen, mit dem ersten Entwurf des Gesetzes die Zulassung der Kompensation gegen den Zessionar auch auf die Fälle auszudehnen, in denen die Forderung des Zessus später als die zedierte zur Fälligkeit gelangt war, „weil das Interesse des Schuldners vorzugsweise Berücksichtigung verdiene“[1]? Wäre der Entwurf Gesetz geworden, so würde in § 406 BGB. die Aufrechnung nicht mehr bloß dem Zweck der Verteidigung des Schuldners dienen, seine Rechtstellung wäre sogar durch die Zession gebessert worden.

Freilich läßt sich hiergegen anführen, der Schuldner hätte vielleicht kompensieren können, wenn die Abtretung nicht erfolgt wäre, um so bestimmter, je kürzer die Zeitspanne zwischen der Fälligkeit der beiden Forderungen und je säumiger der Gläubiger in der Beitreibung der seinigen gewesen wäre. Das Argument

---

[1]) cf. Motive Bd. II S. 131.

Dernburgs[1]), eine Berufung auf die Möglichkeit solcher Verzögerung könne Rechtsvorzüge nicht gewähren, versagt z. B. in dem Fall, wo die Forderung des Zessus nur um einen Tag später als die zedierte fällig wird, eine Verzögerung des Klägers kommt hier nicht in Frage, und doch ist nach positivem Recht im Fall der Zession die Kompensation dem Zessionar gegenüber nicht gestattet.

Und das mit Recht; wenn sie nämlich erlaubt gewesen wäre, dann wäre der Verteidigungscharakter der Aufrechnung preisgegeben worden, und das bürgerliche Recht hätte sich in Widerspruch zu Sätzen des Prozeßrechts gesetzt, es wäre dann die Aufrechnung des BGB. zulässig dort, wo die Kompensationseinrede prozessualisch unstatthaft gewesen wäre. Das kann auf folgende Weise bewiesen werden.

Auszugehen ist von dem durch § 387 BGB. anerkannten Satz, daß bei Gegenseitigkeit von Schuld und Forderung der Anspruch des Aufrechnenden mindestens zu der Zeit der Aufrechnung fällig sein muß, während der gegnerische noch betagt sein darf, ein Satz, welcher der prozessualischen Stellung der Aufrechnung durchaus entspricht und bewirkt, daß im Prozeß stets die Aufrechnung mit einer zu gleicher Zeit wie die Klagforderung fälligen Gegenforderung gestattet ist. Allerdings kann auch die Kompensation mit einer erst später fälligen Forderung hier nicht versagt werden, eine Klageanstellung geraume Zeit nach Fälligkeit der Klagforderung, ja stets die Dauer des Prozesses auch bei sofortiger Klageanstellung ermöglichen die Aufrechnung auch mit einer erst später fälligen Gegenforderung, so daß bei einer Klage auf sofortige Leistung der theoretisch richtige Satz durch die Praxis stark modifiziert wird und man sich fragen muß, ob er überhaupt zur Geltung kommt. Anders steht es dagegen bei einer Klage auf künftige Leistung, wo beide

---

[1]) Dernburg Comp² S. 409.

Momente, Verzögerung in der Klageanstellung und Dauer des Prozesses nicht die gleiche Wirkung hervorrufen bezw. ausgeschaltet werden können. Hier muß die Verteidigungsnatur der Aufrechnung ganz scharf hervortreten, und aus Prozeßgesetzen muß folgen, daß Aufrechnung gegen den Zessionar mit einer Forderung an den früheren Gläubiger unzulässig, sofern die Gegenforderung auch nur einen Tag später fällig wird als die zedierte.

Nach § 257 der geltenden CPO. darf eine Geldforderung, die nicht von einer Gegenleistung abhängig ist, im voraus eingeklagt werden, und dieser Klage aus § 257 CPO. gegenüber kann selbstverständlich eine Gegenforderung, die auch nur einen Tag später als die eingeklagte fällig wird, nicht mehr wirksam entgegengestellt werden[1]), und wenn sie vorgebracht wird, dringt der Kläger trotzdem mit seiner Klage durch. Die Judikatsforderung kann der Kläger natürlich sofort nach Erlaß des Urteils abtreten, der Zessionar kann das Urteil sofort am Tage der Fälligkeit vollstrecken lassen, und ebenso wie dann von einer Kompensationsbefugnis des Zessus nicht die Rede sein kann, darf er auch sonst nicht mehr seine Forderung, die erst nach der Zession und nach Fälligkeit der gegnerischen kompensabel wurde, gegen den Zessionar zur Aufrechnung stellen. Durch die Rechtskraft wird das Urteil unanfechtbar und die erst nach der Zession eingetretene Fälligkeit der Gegenforderung hätte wohl einen Einwand gegen den früheren Gläubiger, nicht aber gegen den

[1]) Im übrigen ist in diesem Prozeß die wirksame Vorschützung einer noch nicht fälligen Gegenforderung durchaus möglich (cf. Moos, Klage auf k. Leistung S. 71 sq.). Das bürgerliche Recht verbietet zwar ausdrücklich die Aufrechnung mit betagten Forderungen, allein die Vorschrift des § 388 BGB., welche für die Aufrechnung als Schuldtilgungsgrund gilt, ist nicht verbindlich für die lediglich Klageabweisung bewirkende Aufrechnung im Prozeß. Die Möglichkeit, eine Forderung vor der Fälligkeit einzuklagen, muß dem Beklagten auch die Befugnis verleihen, sich zu seiner Abwehr auf Verteidigungsmittel zu berufen, die ihm sonst erst im Zeitpunkt der Fälligkeit gegeben waren.

Zessionar erzeugen können. Die Sachlage ist hier, wo erst nach der Zession eine kompensable Gegenforderung entsteht, genau ebenso zu beurteilen als in dem Fall, wo der Schuldner eine Gegenforderung, die zur Kompensation geeignet wäre, neu erwirbt; wie im letzten Fall nach § 406 BGB., so mußte auch im ersten die Aufrechnung gegen den Zessionar ausgeschlossen werden. Die prozessuale Lage bei einer Klage aus § 257 CPO. ermöglicht es, die beiden Fälle des § 406 BGB. unter einem Gesichtswinkel zu betrachten und zu erkennen, daß beide die gleiche Regelung haben finden müssen, daß mithin der gesamte Inhalt des § 406 nur eine Erläuterung, nicht eine Ausnahme von § 404 BGB. darstellt.

Der gewiß singuläre Fall, wo nach § 257 CPO. geklagt wird und dann Zession erfolgt, hat zwar nicht dem Gesetzgeber bei der Regelung der Aufrechnungsbefugnis in § 406 BGB. vorgeschwebt, darum darf aber doch behauptet werden, daß in dem genannten Paragraphen für die Aufrechnung die Schranken des Prozeßrechts innegehalten sind, daß sie hingegen verletzt worden wären, falls der Schuldner auch hätte kompensieren dürfen, wenn seine Forderung später als die gegnerische fällig gewesen wäre. Dann wäre in der Literatur sicherlich darauf hingewiesen worden, daß der Schuldner, wenn er gegen den Zessionar mit seiner Forderung kompensieren darf, die später als die zedierte zur Fälligkeit gelangt, natürlich unter den gleichen Umständen auch gegen den Zedenten muß aufrechnen können. Und was hätte wohl näher gelegen, als diese Auffassung dadurch ad absurdum zu führen, daß die Frage zu einer prinzipiellen gestempelt und der Schluß gezogen wird, Aufrechnung müsse stets zulässig sein, wenn die aufzurechnende Forderung später als die gegnerische fällig wird, also auch bei Nichtfälligkeit der aufzurechnenden. Dann wäre aber gleichzeitig der Widerspruch des Ergebnisses mit § 398 BGB. offen zutage getreten, zugleich wäre auch der Charakter der Aufrechnung als Ver-

teidigungsmittel preisgegeben worden, der nur gewahrt werden konnte, wenn die Aufrechnung gegen den Zessionar in den Schranken des § 406 gestattet ward.

Wird nicht die Aufrechnung in ihrer Eigenschaft als Verteidigungsmittel betont, so ist eine Erklärung des § 406 BGB. unmöglich, das lehrt schon der Zusammenhang der Vorschrift mit der Norm des § 404 BGB., der auch äußerlich in der systematischen Stellung der Bestimmung zum Vorschein kommt.

Jeder Versuch einer Erklärung, bei der die Aufrechnung nur als Rechtsgeschäft betrachtet wird, versagt hier, wo, obwohl sonst Gegenseitigkeit von Schuld und Forderung gleichsam begriffsmäßige Voraussetzungen der Aufrechnung sind, einmal die Aufrechnung gestattet ist, ohne daß auf beiden Seiten wie sonst jeder zugleich Gläubiger und Schuldner des anderen ist.

So wird der Fall des § 406 BGB. einfach übergangen, wenn man Aufrechnung als „Selbstbefriedigung durch zwangsweise vorgenommene Verwertung einer Forderung des Schuldners“ [1]) definiert; so wird vollends auf eine Erklärung verzichtet, wenn man sich mit Siber [2]) und Schollmeyer [3]) begnügt, die Vorschrift als „Singularität“ anzusehen.

Die konstruktive Methode muß hier völlig versagen, weil auch sie der Aufrechnung als Prozeßhandlung nicht gerecht wird, es ist Endemann [4]) nicht beizustimmen, der für § 406 BGB. eine Begründung nur sieht „in der Annahme eines mit dem Beginn der Aufrechnungsklage eintretenden Schwebezustandes, einer rechtlichen Gebundenheit, die kraft Gesetzes bereits den Erlöschungsgrund für beide enthält und sie der Aufrechnungserklärung unterwirft“. Auch die Rückwirkung soll sich nach Endemann auf diese Weise erklären lassen. Ausgebaut ist die Theorie der

---

[1]) Feder a. a. O. S. 497.

[2]) Siber, Comp. S. 132/3.

[3]) Schollmeyer, Komm. zu § 406 BGB.

[4]) Endemann, Lehrb. I S. 824.

„rechtlichen Gebundenheit" von Kohler[1]), der sie als Winkulierungstheorie bezeichnet hat, und eine andere Form hat sie in Weigelins Theorie des „Pfandrechts" an der eigenen Schuld erhalten, einer Konstruktion, die ebenso wie die Kohler'sche in erster Linie zur Erklärung der Rückwirkung[2]), in zweiter erst zur Begründung der Vorschrift des § 406 BGB. aufgestellt worden ist, tatsächlich aber weder das eine noch das andere Problem lösen kann. Gemeinsam ist nämlich den zitierten Theorien der auf ältere Vorbilder zurückgehende Versuch, die sog. Rückwirkung nicht lediglich als positive, aus rechtspolitischen Motiven geschaffene Anordnung aufzufassen, sondern für sie eine begriffsmäßige Erklärung zu geben, gemeinsam ist ihnen ferner das Bestreben, aus dem gleichen Prinzip § 406 BGB. zu begründen. Bei der begrifflichen Erklärung werden naturgemäß die gesetzlichen Bestimmungen als etwas festes, als eine gegebene Größe für den Aufbau der Konstruktion, gleichsam als Grundstein angesehen, und dabei wird ganz vergessen, daß ja gerade dargelegt werden soll, warum die Rückwirkung in dieser Weise angeordnet ist, und warum die Aufrechnungsbefugnis gegen den Zessionar mit Forderungen an den Zedenten, dem debitor cessus gerade in dem Umfange gestattet werden mußte, als es durch § 406 BGB. geschehen ist.

---

[1]) Kohler b. Busch Bd. 24 S. 37.

[2]) Von der durch eine Klage nach § 257 CPO. geschaffenen Prozeßlage aus existiert nicht das Problem der Rückwirkung, das schier untrennbar mit der Aufrechnungslehre verknüpft ist, eher könnte hier von einer Vorwirkung gesprochen werden. Daraus läßt sich als Hypothese die Behauptung aufstellen, die sog. Rückwirkung sei ein Äquivalent für den Schuldner, der, wenn er aufrechnen wollte, sich nicht selbst seiner Schuld entledigen konnte, sondern damit erst warten mußte, bis er verklagt wurde. Sie wäre demnach, soweit sie sich im heutigen Recht in Anlehnung an das römische Vorbild findet, nur eine Maßnahme rechtspolitischer Art, ebenso wie die römischen Quellenstellen, welche eine Rückwirkung anordnen, lediglich positive Satzungen sind, die sich keineswegs aus dem Begriff der Kompensation erklären lassen.

Sollte eine begriffliche Erklärung der Rückwirkung gegeben werden, so durfte ihr „begriffsmäßiges Komplement" [1]), der Schwebezustand, auch nicht fehlen, und die Zeitspanne von dem Moment der Retrotraktion bis zum Zeitpunkt der erfolgten Kompensation mußte durch die Annahme einer „rechtlichen Gebundenheit" ausgefüllt werden, die seit dem Augenblick der „Aufrechenbarkeit" und der Rückwirkung — beide sind ja identisch — herrührt und durch eine im Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit entstehende Vinkulierung bewirkt werden soll. Diese Methode wird auch von Kohler und Weigelin getreulich befolgt, nur der Grund, weshalb die Vinkulierung und weshalb jenes „Pfandrecht an der eigenen Schuld" entstehen müssen, wird verschwiegen. Ebenso wird verfahren, um § 406 BGB. begrifflich darzulegen, es wird sehr wohl gesehen, daß die Konstruktion in dem Fall unbedingt versagen muß, wo kompensiert werden darf, obwohl beide Forderungen zur Zeit der Abtretung noch nicht kompensabel gewesen sind, wo demzufolge jene im Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit bei Gegenseitigkeit von Schuld und Forderung eintretende Vinkulierung noch gar nicht vorliegen kann. Für jene Methode war diese Schwierigkeit ziemlich leicht zu lösen, es mußte eben in diesem Fall noch eine zweite, sofort mit dem Gegenüberstehen von Schuld und Forderung eintretende Vinkulierung angenommen werden, die — ganz zu Unrecht — als „bedingte" Vinkulierung" [2]) bezeichnet wird. Damit war schon zugegeben, daß selbst auf konstruktivem Wege sich Rückwirkung und die Vorschrift des § 406 sich nicht auf ein einheitliches Prinzip zurückführen lassen, vor allem aber war aufs klarste gezeigt worden, daß jene Theorieen nur bemüht sind, dem Gesetz sich anzupassen, um nicht hinter seinen Bestimmungen zurückzubleiben, und darum die für eine Theorie gesteckte Aufgabe, die

---

[1]) Zu vergl. Eisele, Comp. S. 217.

[2]) Kohler bei Busch, Bd. 24 S. 38; Weigelin S. 89.

Gesetzesvorschriften aus sich heraus zu erklären, keineswegs zu erfüllen vermögen.

Sie können eine Lösung für das Problem des § 406 BGB. nicht geben. Daß die Aufrechnung gegen den Zessionar gerade in dem Umfange gestattet und gerade insoweit ausgeschlossen werden mußte, als im Gesetz (§ 406) bestimmt ist, findet nicht in der rechtsgeschäftlichen Aufrechnung seine Begründung, sondern folgt aus der prozessualen, der Aufrechnung als Verteidigungsmittel.

§ 7.

Die Betrachtung des § 406 hat ergeben, daß in dem Wortlaut der Bestimmung die rechtsgeschäftliche Aufrechnung nur in demselben Maße wie die prozessuale erlaubt ist. Um darzutun, daß auch die Tragweite der Vorschrift ebenso von prozessualen Bestimmungen eingeengt ist und darum im Regreßprozeß des Bürgen § 406 BGB., jetzt ohne Rücksicht auf den bloßen Wortlaut, nur soweit zur Anwendung kommt, als mit der Natur der Aufrechnung als eines Verteidigungsmittels vereinbar, muß bewiesen werden, daß das, was in dem Wortlaut des § 406 BGB. zu erkennen war, nicht bloßer Zufall ist, sondern ein Gesetz bildet, das darum für jeden Fall der Aufrechnung, also auch für die Aufrechnungsbefugnis in § 406 BGB. bindende Kraft hat. Denn erst, wenn man sich zu der Überzeugung bekennt, die Aufrechnung sei stets unstatthaft, wo sie nach Prozeßgesetzen unzulässig sein, wo sie aufhören würde, ein Verteidigungsmittel darzustellen, und für jeden Fall der Aufrechnung sei ihre Zulässigkeit nach Prozeßgesetzen eine selbstverständliche und darum nicht jedes Mal einzeln aufgeführte Bedingung, dann wird sich beweisen lassen, daß, unbeschadet des Wortlautes in § 406 BGB., die Kompensationsbefugnis des Hauptschuldners im Regreßprozeß des Bürgen mit Forderungen an den früheren Gläubiger verneint werden muß, falls der

frühere Gläubiger erst nach Fälligkeit der verbürgten Schuld befriedigt worden ist.

War vorhin bei einer einzigen Gesetzesbestimmung die Unmöglichkeit hervorgehoben worden, aus der rechtsgeschäftlichen Theorie für sie — es ist § 406 BGB. — eine Erklärung zu finden, so soll im folgenden für die wichtigsten Fälle der Aufrechnung, für die der Aufrechnung im Prozeß, bewiesen werden, wie sie, unzugänglich für jeden Erklärungsversuch aus der im BGB. normierten rechtsgeschäftlichen Aufrechnung, nur in Prozeßgesetzen ihre Begründung findet. Und war vorhin bei einem Fall der prozessualen Aufrechnung gezeigt worden, daß sie maßgebend für die rechtgeschäftliche, auch in dem einen Fall, gewesen ist, so ist jetzt darzulegen, daß alle Fälle der prozessualen Aufrechnung, d. h. die prozessuale Aufrechnung bestimmend ist für die außergerichtliche des BGB. Hält man sich nämlich vor Augen, daß es im geltenden Recht nur ein Institut der Aufrechnung gibt und zwei Arten der Ausübung, die nach einem einheitlichen Gedanken geregelt sein müssen, so kann nur entweder die Aufrechnung des BGB. verbindlich für die prozessuale sein oder aber es können nur die Regeln der Aufrechnung im Prozeß im allgemeinen für die außergerichtliche bindende Kraft haben. Da ersteres, wie zu zeigen, nicht zutrifft, bleibt nur letzteres übrig, die Regeln über die prozessuale Aufrechnung sind auch maßgebend für die außergerichtliche, ihre Funktion als Prozeßhandlung und Verteidigungsmittel muß stets auch in der Bezeichnung festgehalten werden, denn diese Bezeichnung gestattet unmittelbar den Schluß, daß auch für die Aufrechnung des BGB. die gleichen Schranken bestehen wie für die Aufrechnung als Prozeßhandlung.

Dabei kann natürlich der rechtsgeschäftliche Charakter der außergerichtlichen Aufrechnung nicht in Frage gezogen werden, und die Theorien, welche ihn nicht hervortreten lassen, kennzeichnen sich schon dadurch als unrichtig. Eine rechtsgeschäftliche

Auffassung der außergerichtlichen Aufrechnung ist überhaupt unmöglich, wenn man Aufrechnung als „zwangsweise Verwertung der Forderung eines anderen“ bezeichnet. Das Rechtsgeschäft ist nur ein Mittel für die Partei, um für sich Rechtswirkungen hervorzurufen, außerdem perhorresziert das Rechtsgeschäft jeden Zwang begrifflich, und wer etwa mit Lippmann von dem Obersatz ausgeht: „der Zwang gibt das Wesen der Aufrechnung ab“, der muß unter Billigung seines Untersatzes „Zwang ist nichts Rechtsgeschäftliches“ zur Leugnung des rechtsgeschäftlichen Charakters der Aufrechnung gelangen. Gerecht wird man der Natur der außergerichtlichen Aufrechnung nur, wenn man sie als Verfügung über die eigene Forderung seitens des Aufrechnenden ansieht, dann kann man auch, wenn man will, eine defensive Tendenz in ihr finden, sonst nicht. Im Prozeß ist die Aufrechnung im heutigen Recht ein Verteidigungsmittel wie alle Einreden (i. S. der CPO.) und wird von dem Beklagten der Klage oder Widerklage entgegengesetzt, um Abweisung zu erzielen. Sie ist im Prozeß eine Einrede, also eine Prozeßhandlung, und für den, der im heutigen Recht an die Existenz eines einheitlichen Instituts der Aufrechnung glaubt, kann auch nur die Aufrechnung, welche im bürgerlichen Gesetzbuch in dem Abschnitt „Erlöschen der Schuldverhältnisse“ geregelt ist, eine Einrede sein. Inwieweit es für diese Betrachtungsweise von Bedeutung ist, daß das BGB. den Akt der außergerichtlichen Aufrechnung als Rechtsgeschäft konstruiert hat, wird aus der späteren Darstellung erhellen, vorerst gilt es, die vorgetragene Ansicht gegenüber der herrschenden zu verteidigen, der anders, als es hier geschieht, nicht die prozessuale Aufrechnung als verbindlich gilt auch für die außergerichtliche, sondern die im Gegensatz dazu die Aufrechnung des BGB. wenigstens als vorbildlich für die gerichtliche Aufrechnung ansieht.

Weil die Aufrechnung im bürgerlichen Gesetzbuch ihren Platz gefunden hat und dort als Rechtsgeschäft behandelt wird,

liegt allerdings die Versuchung nahe, die Ausübung durch Rechtsgeschäft als einzige Art ihrer Vollziehung anzusehen, und es ist auf diese Weise erklärlich, daß vielfach geleugnet wird, sie sei im Prozeß bloße Prozeßhandlung, und ausgeführt wird, es sei kein Anlaß, die Aufrechnung im Prozeß anders als außerhalb des Prozesses (letztere wird als das Normale betrachtet) d. h. als Rechtsgeschäft zu behandeln.

Daß die Aufrechnung im Prozeß aber bloße Prozeßhandlung ist, wird unbestreitbar, wenn man das Fazit der geschichtlichen Entwicklung zieht und überschaut, wie die Aufrechnung erst dann hat ins Leben treten können, als der Prozeß für sie aufnahmefähig geworden war. Da die Natur der Aufrechnung als Prozeßhandlung für das Recht vor dem 1. Januar 1900 wohl kaum angezweifelt worden war, so muß man sich fragen, ob sich eine Änderung der prozessualen Aufrechnung in ihrem Wesen dadurch vollzogen haben soll, daß das BGB. eine rechtsgeschäftliche Aufrechnung ausdrücklich anerkannt hat. Man kann die Frage nur bejahen, wenn man das Institut der Aufrechnung, weil es im bürgerlichen Recht geordnet ist, als materiellrechtlich ansieht und dem Prozeß wie so oft, auch hier die Rolle des Dieners zuweist, der, so gut er kann, mit dem materiellen Recht fertig werden soll — eine Auffassung, die wenigstens bei der Aufrechnung sich geschichtlich widerlegen läßt.

Es könnte zweifelhaft sein, meint Planck[1]), ob die Aufrechnung überhaupt im Prozesse zulässig ist, da sie doch ein materielles Rechtsgeschäft sei, allein ihre Vornahme gänzlich aus dem Prozeß zu verweisen, wäre ein ungerechtfertigter Formalismus, und nur aus diesem Grunde würde sie im Prozeß gestattet. Das ergebe sich z. B. aus § 209 Abs. 2 BGB. und aus § 322 Abs. 2 CPO. Die im Prozeß vorgenommene Aufrechnung ist aber bei Planck in Wirklichkeit nur eine gelegentlich des Prozesses vorgenommene Aufrechnung, deren

[1]) Planck, Komm. zu § 388 Nr. 2.

Bezeichnung als Prozeßhandlung unstatthaft erscheint; Prozeßhandlung könnte dann höchstens die Berufung auf eine vorangegangene und sei es erst im Gerichtssaal erfolgte Aufrechnung sein. Das wird auch von Planck und seinen Anhängern nicht geleugnet, ihr Motto lautet: Es gibt überhaupt keine Aufrechnungseinrede mehr, sondern nur eine Einrede (i. S. der CPO.) der geschehenen Aufrechnung, darum muß man, will man im Prozeß kompensieren, sich wohl oder übel auf eine bereits stattgefundene Aufrechnung stützen können, dieser Umweg darf nicht vermieden werden. Wenn die Aufrechnungserklärung im Prozeß abgegeben wird, dann soll sie, wie übereinstimmend von Planck[1]), Zitelmann[2]), Eccius[3]), Förtsch[4]) und Könnemann[5]) ausgeführt wird, eine Doppelnatur haben. Sie soll einmal das „zivilrechtliche Rechtsgeschäft“[6]), eine an sich außergerichtliche Handlung sein, deren Wirkung durch den Prozeß nicht beeinträchtigt wird, und andrerseits als Prozeßhandlung die Geltendmachung der daraus entstehenden Rechte, die prozessuale Berufung auf das durch dieses Rechtsgeschäft eingetretene Erlöschen der gegnerischen Forderung bedeuten. Hier wird der einheitliche Akt der gerichtlichen Aufrechnung in zwei zerrissen, welche notwendig nicht nur logisch, sondern auch zeitlich auf einander folgen müssen. Schon darum kann diese unnatürliche Theorie nicht richtig sein, weil sie sich so mit den Tatsachen in Widerspruch setzt; denn in Wirklichkeit ist die Erklärung: „ich rechne auf“ nur eine Handlung. Außerdem ist sie aber anfechtbar, weil sie keineswegs für alle Fälle der gerichtlichen Aufrechnung zutrifft. Die Aufrechnungseinrede auf Grund einer noch nicht

---

[1]) Planck a. a. O.

[2]) Zitelmann, Allg. T. S. 34.

[3]) Eccius b. Gruchot Bd. 42, S. 255.

[4]) Förtsch b. Gruchot Bd. 42, S. 229, Anm. 1.

[5]) Könnemann i. d. Pos. Monatschr. Bd. 3, S. 33.

[6]) Zitelmann a. a. O. S. 34.

fälligen Gegenforderung, die einer Klage aus § 257 CPO. entgegengesetzt wird, kann diese Doppelnatur nicht haben, weil die „an sich außergerichtliche“ Erklärung der Aufrechnung mit einer betagten Forderung nach § 388 BGB. unzulässig wäre; würde hier die Aufrechnung eine doppelte Natur aufweisen, so entstände ein Widerspruch zwischen dem als materiellen Recht gedachten Recht des BGB. und dem Prozeßrecht; letzteres ließe zu, was ersteres verbietet. Die Theorie der Doppelnatur gilt auch nicht für den Fall der Eventualaufrechnung, gleichviel ob man in der Eventualaufrechnung eine Aufrechnung unter einer wirklichen Bedingung, unter einer condicio juris oder unter einer bloßen Voraussetzung sehen will. Denn, mag sich auch dartun lassen, daß diese Art der Aufrechnung nicht von dem Wortlaut des § 388 BGB. betroffen wird, da dort nur die unter einer echten Bedingung abgegebene Erklärung als unwirksam bezeichnet wird, dem Geiste der Gesetzesbestimmung widerspricht sie sicher; die Aufrechnung als Schuldtilgungsgrund — und das ist die Aufrechnung des BGB. — setzt eine bestimmte, vorbehaltlose Disposition begrifflich voraus, die Aufrechnung im Prozeß bildet, da sie Verteidigungsmittel zum Zweck der Klageabweisung ist, nur „ein Glied im Verteidigungssystem des Beklagten.“ Die Eventualaufrechnung im Prozeß ist nur Prozeßhandlung nicht auch zugleich Rechtsgeschäft; als Rechtsgeschäft wäre sie nach § 388 BGB. unzulässig; daß sie gleichwohl im Prozeß statthaft ist, wird durch § 209 Abs. 2 BGB. bewiesen, eine Vorschrift, die „nur von der Eventualaufrechnung handeln kann[1].“

Die Möglichkeit einer Eventualaufrechnung und einer Aufrechnung mit einer nicht fälligen Forderung gegenüber einer Klage aus § 257 CPO. bezeugt, daß für diese Fälle die Aufrechnung im Prozeß nicht zugleich Rechtsgeschäft und Prozeß-

[1]) cf. Planck, Komm. zu § 209 BGB.

handlung sein kann. Aber selbst wenn man diese Fälle als Ausnahmen ansehen wollte, bliebe es unerklärt und unerklärlich, weshalb die Aufrechnung im Prozeß von anderer juristischer Beschaffenheit sein sollte, wenn der Gegner vor der Fälligkeit als nach der Fälligkeit seiner Forderung klagt, und es wäre ebenso unerfindlich, daß es für ihr Wesen von Einfluß sein sollte, ob sie als einziges Verteidigungsmittel des Beklagten oder in eventum neben anderen vorgebracht würde. Sie kann darum überhaupt nicht Rechtsgeschäft und außerdem Prozeßhandlung sein; es ist aber ebenso unmöglich, daß sie Rechtsgeschäft und Prozeßhandlung zugleich in einem Akt irgendwie miteinander verquickt enthält. Namhafte Autoritäten vertreten auch hier abweichende Ansichten. So meint Schollmeyer,[1]) auch die Aufrechnung im Prozeß sei ein materielles Rechtsgeschäft, Engelmann[2]) spricht von einem „im Prozeß betätigten Rechtsgeschäft", Fitting[3]) von einem „im Rechtsgeschäft eingeschlossenen Prozeßakt" und bei Endemann[4]) findet sich die Ansicht, die Aufrechnung könne nicht nur außergerichtlich, sondern auch im Prozeß vollzogen werden und „müsse hier den formellen Erfordernissen von Rechtsgeschäft und Prozeßhandlung entsprechen". Obwohl hier die prozessuale Aufrechnung nicht als Aufrechnung im Gerichtsgebäude gedacht wird, ist der Ausgangspunkt der gleiche wie bei Planck und seinen zahlreichen Anhängern, es ist der hier zu bekämpfende Irrtum, der auch von Kohler[5]) nicht vermieden wurde, als er erklärte:

„Die prozessuale Aufrechnung ist nur eine in das Prozeßgefüge hineingeschobene und dem Gesetze des Prozesses dienstbar gemachte zivilistische Aufrechnung."

---

[1]) Schollmeyer, Komm. zu § 388 Nr. 2.

[2]) Engelmann, Bürgerl. R., 4. Aufl., S. 259.

[3]) Fitting, Lehrb. d. Civilpr. (1900) S. 212.

[4]) Endemann, Lehrb. I S. 840/1.

[5]) Kohler b. Busch, Bd. 24, S. 23.

Wenn die Geschichte beweist, daß es ein „Recht zur Aufrechnung“ erst gegeben hat, als der Prozeß die Aburteilung von Forderung und Gegenforderung in einem Rechtsstreit zuließ; wenn man weiter bedenkt, daß erst die Tendenz des vorigen Jahrhunderts dahin ging, die Aufrechnung nicht nur, wie bisher, im Prozesse, sondern auch außergerichtlich zu gestatten, so darf, wenn irgendwo, dann hier nicht dem Prozeß die Rolle des Dieners zugewiesen werden. Es muß vielmehr gerade hier „das Pferd von hinten aufgezäumt werden“ [1]), es muß die Einrede der Kompensation, deren „prinzipale Funktion ihre Eigenschaft als Verteidigungsmittel ist“, in dieser Eigenschaft, wie Wach [2]) bemerkt, „selbständig im Gegensatz zur civilistischen Aufrechnung“ bestimmt werden. Gegen die Auffassung, daß die Kompensationserklärung im Prozeß zugleich Rechtsgeschäft und Prozeßhandlung sei, läßt sich auch das anführen, was zur Bekämpfung der Meinung Plancks gesagt wurde. Sie trifft nicht für alle Fälle der gerichtlichen Aufrechnung zu. Allein sie könnte auch deshalb nicht richtig sein, weil sie begrifflich unmöglich ist. Begrifflich unmöglich deshalb, weil ein Rechtsgeschäft andere Wirkungen hervorruft als eine Prozeßhandlung. Denn „der Prozeßzweck ist es, welcher der Prozeßhandlung den spezifischen Charakter aufprägt“, ihre Wirkung äußert sich nur in dem Einfluß, den sie auf das Urteil hat. Prozeßhandlungen sind „unselbständige Bestandteile“ [3]) des Prozeß-

---

[1]) gegen Kohler b. Busch Bd. 24 S. 24.

[2]) Wach b. Busch Bd. 29 S. 13. Und doch ist Wach derselbe Gelehrte, dessen Prozeßtheorie von Kohler mit Recht folgendermaßen bekämpft wird (Busch Bd. 33 S. 217): „Der Rechtsschutzanspruch ist unrichtig, weil er das Prozeßrecht dem Civilrecht dienstbar macht.“ Die Konsequenzen jener Theorie des „sogenannten konkreten Rechtsschutzanspruchs“ werden hier von Wachs Schüler Hellwig weit richtiger gezogen. Allerdings ist auch mit Kohlers Prozeßtheorie seine Stellungnahme zum Aufrechnungsproblem u. E. unvereinbar.

[3]) Bülow, Geständnisrecht S. 78.

verhältnisses, das durch das Urteil erst entschieden wird, während Privatrechtsgeschäfte selbständig wirksam sind. Der Aufrechnung in dieser Hinsicht eine Ausnahmestellung einzuräumen, indem man argumentiert: „die Aufrechnung ist aber selbständig“, geht nicht an; die Selbständigkeit der Aufrechnung im Prozeß hätte zuvor bewiesen werden müssen. Und wenn es gelungen wäre, ihre Selbständigkeit zu beweisen, dann hätte man ein prozeßrechtliches Monstrum entdeckt, indem man sie mit Abraham[1]) als eine Handlung mit zwei Erfolgen nach Analogie der strafrechtlichen Idealkonkurrenz auffaßte. Nur diese Anschauung ist konsequent, zeigt aber zugleich, wohin der Versuch führt, der rechtsgeschäftlichen Aufrechnung im Prozeß einen Platz zu sichern, dagegen ist es nicht konsequent, wenn Kohler[2]) unter dem Widerspruch Dernburgs[3]) lehrt: Die Rechtshandlungen, die sonst Rechtsgeschäfte sind, „werden Teile des Prozesses und nehmen die Natur des Prozesses an, ebenso wie der eingebaute Stein Teil des Hauses wird und seinen Rechtsschicksalen unterliegt.“ Wo in aller Welt liegt der Grund für diese Metamorphose? Dabei wird außerdem das geschichtliche Verhältnis umgekehrt. Nicht die rechtsgeschäftliche Aufrechnung wird im Prozeß Prozeßhandlung, die Kompensation ist vielmehr stets Prozeßhandlung gewesen und kann heute auch außerhalb des Prozesses geschehen.

Schließlich mußte, wer auf die prozessuale Kompensation die Grundsätze des bürgerlichen Rechts zur Anwendung bringen wollte, die Frage vorher prüfen, ob wenigstens die Form des Rechtsgeschäfts gewahrt bleibt, wenn sie Prozeßhandlung ist, und diese Frage hätte doch zuvor und zwar in allererster Linie geprüft und bejaht werden müssen, sollte auch in der gerichtlichen Aufrechnung ein Rechtsgeschäft gefunden werden. Die Frage, an wen die Aufrechnung als Prozeßhandlung gerichtet

---

[1]) Abraham a. a. O. S. 36—38.

[2]) Kohler b. Busch Bd. 24 S. 2.

[3]) Dernburg, BR. Bd. II 1 1. u. 2. Aufl. S. 284.

ist, deckt sich mit der Frage nach den Subjekten des Prozeßverhältnisses. Wenn Hellwig[1]) das von ihm sogenannte „Klagrecht" als ein ausschließlich gegen die Gerichte gerichtetes Recht ansieht, durch dessen Ausübung der Gegner nur intensiv berührt wird, und damit jede direkte Beziehung zwischen Kläger und Beklagten in dem Prozeßverhältnis leugnet, müßte er die Aufrechnung im Prozeß als eine nur an das Gericht gerichtete Erklärung betrachten, durch die der Gegner d. i. hier der Kläger mittelbar betroffen würde. Er geht aber auch von dem nach seiner Meinung materiellen Recht aus und sagt von den „Aufhebungsrechten" [2]) und damit von der Aufrechnung,

sie bewirke

1. Aufhebung des eingeklagten Rechts gegenüber dem Kläger und enthalte
2. deren prozessuale Geltendmachung gegenüber dem Gerichte.

Das ist nichts anderes als die Ansicht Plancks, die indes von Hellwig[3]) abgelehnt wird.

Wer mit Kohler und Fischer den Prozeß als zweiseitiges Verhältnis zwischen Kläger und Beklagten auffaßt, wird meinen, die Aufrechnung im Prozeß sei eine vor Gericht an den Kläger gerichtete Erklärung. Würde die Erklärung überhaupt Rechtsgeschäft und Prozeßhandlung sein können, so läge wohl diese Möglichkeit nur bei der letztgenannten Theorie vor, weil hier gewöhnlich ihre Voraussetzungen vorhanden sein werden. Weil regelmäßig die Form sowohl für Rechtsgeschäft als auch für Prozeßhandlung erfüllt sind, kann die Vermutung auftauchen, als sei das Zusammentreffen einer für beides gültigen Form begriffsnotwendig. Jedoch, gäbe es auch nur einen einzigen, noch so singulären Fall, in dem die Form für beide nicht die gleiche ist und man sich vor die Alternative gestellt sieht, ob

---

[1]) Zu vergl. Hellwig, Anspruch und Klagr. S. 149.

[2]) Hellwig, Lehrb. I S. 243.

[3]) Zu vergl. Hellwig, Lehrb. S. 242 Anm. 16.

man Rechtsgeschäft oder Prozeßhandlung als wirksame Aufrechnung ansehen soll, dann wird es sich zeigen müssen, daß die Aufrechnung im Prozeß nur Prozeßhandlung ist. Empfangsbedürftig dem Gegner gegenüber ist lediglich die Aufrechnung des BGB. Der Meinung Wachs[1]) alle prozessualen Willenserklärungen, also auch die prozessuale Aufrechnung, seien empfangsbedürftig, wird nicht beizutreten sein, jedenfalls ist unter Empfangsbedürftigkeit bei Rechtsgeschäften etwas anderes zu verstehen als unter Empfangsbedürftigkeit bei Prozeßhandlungen.

Man setze den Fall: Der Beklagte hat in einem Schriftsatz nach Erhebung verschiedener Einwendungen sich zum Schluß die Aufrechnung mit einer zufälligerweise am Tage der mündlichen Verhandlung fälligen Gegenforderung vorbehalten, also eine eventuelle Aufrechnung angekündigt. Der Kläger gerät nun im Laufe des Termins vor dem Amtsgericht über die Einwendungen des Beklagten derart in Erregung, daß er trotz Abmahnung des Richters den Saal verläßt: Jetzt erklärt der Beklagte unter Berufung auf den Schriftsatz und unter Vorlegung glaubhafter Beweismittel, daß ihm der Kläger aus einem Pferdekauf schulde und beantragt aus diesem Grunde Abweisung der Klage. Der Richter hätte die Tatsachen als zugestanden anzusehen (§ 334 CPO. i. Vbdg. mit § 138 Abs. 2 CPO.) und müßte die Klage abweisen. Hier ist die als Schuldtilgungsgrund im bürgerlichen Gesetzbuch behandelte Aufrechnung sicherlich nicht in gültiger Weise erfolgt, und es gibt, wenn die Formvorschrift des BGB. auch für die prozessuale Aufrechnung gelten soll, nur einen Weg: man schließt die Anwendung der prozeßrechtlichen Vorschriften eben aus. Ob dieses Resultat gebilligt werden kann, ist allerdings mehr als zweifelhaft, allein gerade, weil es unbefriedigend ist, zeigt es, daß die Lehre, auf die es zurückführt, unrichtig ist. Darum muß sie völlig verworfen werden; man darf nicht mit

---

[1]) Wach b. Busch Bd. 27 S. 10.

Hölder[1]) auf halbem Wege stehen bleiben, indem man die Wirksamkeit der einem abwesenden Gegner gegenüber erklärten Aufrechnung im Prozeß anerkennt und nur zugesteht, „hier liege eine von den Verfassern des BGB. übersehene Schwierigkeit vor“[2]). Wie hätten die Verfasser des BGB. dieser Schwierigkeit Herr werden sollen; sollte etwa von dem für eine außergerichtliche Aufrechnung unerläßlichen Requisit der Empfangsbedürftigkeit abgewichen werden? Es liegt nicht nur „ein dringendes Bedürfnis vor, die im Prozeß erfolgende Aufrechnung von einer sonstigen in der Weise zu unterscheiden, daß für ihre Erfordernisse und ihre Wirksamkeit die Bestimmungen über Prozeßhandlungen gelten“[3]), eine juristische Notwendigkeit gebietet die Scheidung. Weil die prozessuale Aufrechnung nämlich ihren eigenen Regeln folgt, nicht denen des BGB., weil sie selbständig im Gegensatz zur zivilistischen zu betrachten ist, darum ist es im Prozeß gleichgültig, ob der Gegner bei der Aufrechnung des Beklagten zugegen ist oder nicht. Bei Abwesenheit des Gegners kann infolge Vorbringens einer Gegenforderung ebenso auf Klageabweisung erkannt werden als in seiner Gegenwart; die gleichen prozessualen Regeln (§ 334 CPO i. Vbdg. mit 138 CPO.) greifen ein und ermöglichen die Aufrechnung in beiden Fällen. Nie sind es die Gesetze des BGB., die befolgt werden, stets Prozeßsätze. Das Problem, der Aufrechnung des BGB., d. h. dem Rechtsgeschäft der Aufrechnung im Prozeß Unterkunft zu zu gewähren, ist unlösbar, jede Verquickung von Rechtsgeschäft und Prozeßhandlung für den Prozeß unerträglich, und Hellwigs Ansicht kann ebenso wenig wie Plancks und Endemanns geteilt werden. Im Rechtsstreit versagt auch durchaus die schuldtilgende Kraft, welche der außergerichtlichen Aufrechnung zukommt; mögen die vom BGB. normierten Erfordernisse auch

[1]) Hölder, Arch. f. Zivil-Pr. Bd. 93 S. 125.
[2]) Hölder a. a. O. S. 126.
[3]) Hölder a. a. O. S. 126.

gegeben sein, es erfolgt doch nicht Schuldtilgung und erst infolge der Schuldtilgung Klageabweisung, sondern lediglich Abweisung infolge Anführung der Gegenforderung. Wie soll die Aufrechnung schuldtilgend wirken können, die mit einer noch nicht fälligen Forderung gegenüber einer Klage aus § 257 CPO. geschieht? Bestehen doch hier beide Forderungen sogar unter Umständen noch nach der Rechtskraft des Urteils weiter fort! Das Vorschützen einer Gegenforderung ist im Prozeß nicht anders zu behandeln wie die Geltendmachung jeder anderen Einrede. Die Tatsache allein, daß man im Prozeß in Fällen aufrechnen kann, in denen eine Kompensation nach bürgerlichem Recht unstatthaft ist, m. a. W. die Tatsache, daß die Kompensation im Prozeß auf breiterer Grundlage aufgebaut ist als die Aufrechnung des BGB., widerlegt die Ansicht, daß die prozessuale Aufrechnung nur eine dem Gesetze dienstbar gemachte zivilistische Aufrechnung ist.

Im Prozeß zeigt sich vielmehr der spezifische Charakter der Kompensation als Prozeßhandlung, und es hieße, das Wesen der Aufrechnung verkennen, wollte man sie ihrer Eigenschaft als Prozeßhandlung entkleiden, es hieße die Identität der Aufrechnung überhaupt leugnen, wollte man vergessen, daß die Wurzel des Instituts im Prozeß liegt. Darum kann ihr Wesen nicht bestimmt werden, ohne daß ihrer Zugehörigkeit zum Prozeß gedacht wird, ihre Bezeichnung als Einrede muß auch außerhalb des Prozesses festgehalten werden, und diese Benennung ist es allein, welche einen Dualismus zwischen gerichtlicher und außergerichtlicher Aufrechnung vermeiden kann. Zwar hat Thon[1]) seine Terminologie „rechtsverfolgende Einrede" — die Aufrechnung ist nach ihm eine rechtsverfolgende Einrede — ausschließlich dann für gerechtfertigt erklärt, wenn der Beklagte sich nur im Wege des Prozesses zu schützen vermag, und hat gemeint, es liege kein Anlaß vor, noch

[1]) Thon in Jhergs. Jhrb. Bd. 28 S. 65.

von Einrede zu sprechen, wenn einer außergerichtlichen Erklärung die gleiche Schutzkraft beigelegt wird, allein dieser Standpunkt kann hier nicht gebilligt werden. Wenn es sich um die Feststellung des Verhältnisses zwischen außergerichtlicher und gerichtlicher Aufrechnung handelt und die letztere zum Ausgangspunkt genommen wird, so kann nur durch Relation zu dieser als festen Größe gedachten Prozeßhandlung ein sicherer Boden gewonnen werden, und es bedarf daher auch des Ausdrucks „Einrede" für die Aufrechnung des BGB.

Dann entsteht für die Aufrechnung des BGB. die Frage: Kann eine Einrede überhaupt außergerichtlich geltend gemacht werden, und wenn es möglich ist, welches ist ihre Wirkung bei außergerichtlichem Vorbringen? In der Literatur wird die hier aufgeworfene Frage gewöhnlich nur für die Einreden i. S. der CPO. gestellt, die den Vorzug haben, auch in der Gesetzessprache des BGB. Einreden genannt zu werden, eine Bezeichnung, die „offensichtlich nur den Prozeß paßt" und schon durch den Namen ihren Entstehungsort und ihr Anwendungsgebiet verrät. Es ist aber nicht angebracht, der „Einrede des BGB." irgend eine Ausnahmestellung in dieser Hinsicht einzuräumen; sie ist ebenso wie die Aufrechnungseinrede unleugbar eine Prozeßhandlung, darum mußte, sollte über dem Speziellen nicht das Allgemeine vergessen werden, die Formulierung gewählt werden: Wie steht es mit der außergerichtlichen Geltendmachung von Prozeßhandlungen überhaupt? Dann konnte man das Thema zunächst prinzipiell behandeln und die Ergebnisse für die einzelnen Einreden (etwa die Einreden i. S. des BGB.) nutzbar machen. Statt dessen wird ein anderer Weg beschritten, die Einrede des BGB. wird gesondert behandelt, wird als materiellrechtliches Institut angesehen aus keinem anderen Grunde, als weil das bürgerliche Gesetzbuch über sie Bestimmungen enthält, und den Beschluß bildet die Annahme, die peremptorische Einrede vernichte den sogenannten Anspruch auch dann, wenn sie außergerichtlich

vorgebracht wird. Es sind ganz ähnliche Gedankengänge, wie sie sich bei der Aufrechnung in der Literatur vertreten finden und hier bekämpft worden sind; konnte jene Auffassung nicht mehr eine Prozeßhandlung der Aufrechnung anerkennen, so wird man auch nicht umhin können, ihr zufolge der Einrede (i. S. des BGB.) den spezifischen Charakter als Prozeßhandlung abzusprechen, und die unverkennbar hervortretende Tendenz, die Bedeutung des Prozesses zu schwächen, muß siegreich zu dem Ziel gelangen, daß der Prozeß auf die Straße verlegt wird.

Die Lehren der Geschichte müssen wie bei der Aufrechnung so auch bei der Einrede (i. S. des BGB.) zu einem anderen Ergebnis führen. Auch die Einrede des BGB. hat ihre Grundlage in der römischen exceptio; ob die Behauptung aber richtig ist „sie entspräche der römischen exceptio“ [1], kann dahingestellt bleiben. Ein allgemeingültiges Element hat der exceptio jedenfalls nicht zu Grunde gelegen, das darf als bewiesen durch Schotts Untersuchungen gelten [2], damit ist die Theorie von der materiellrechtlichen Natur der exceptio aber auch endgültig abgetan. Ebenso steht es mit der Lehre, daß die Einrede des BGB. einen materiellrechtlichen Charakter trage. Mögen auch die Redaktoren des BGB. beabsichtigt haben, mit dem terminus Einrede ein bestimmtes materiellrechtliches Moment zu verbinden, es ist doch nicht gelungen, einen einheitlichen, fest umgrenzten Begriff der Einrede i. S. des BGB. zu schaffen, dafür bietet die Einrede der Vorausklage, wie Hölder [3] betont, ein schlagendes Beispiel. Darum ist es gestattet, die Einrede des BGB. mindestens zusammen mit den übrigen Sacheinreden der CPO. zu betrachten, die alle äußerlich der römischen exceptio allerdings gleichen, ebenso wie der sogenannte Anspruch der actio des römischen Rechts. Wie sich in der Formel für die actio (ohne exceptio) an die Richtigkeit

---

[1]) So Dernburg, Pand. I, S. 316.

[2]) Schott, Das Gewähren des Rechtschutzes, Jena 1902.

[3]) Hölder, Arch. Bd. 93, S. 118.

der dort hypothetisch normierten Erfordernisse die Verurteilung des Beklagten knüpft, so ist der sog. Anspruch als „das Recht, von einem anderen etwas zu verlangen" die Anführung von Tatsachen, an welche die Rechtsnorm ein dem Kläger günstiges Urteil knüpft. Und wie die Insertion einer exceptio in die Formel einen sonst dem Beklagten drohenden Prozeßverlust abgewendet hat, so wird jetzt durch Vorbringen von Tatsachen zugunsten des Beklagten, die ein sog. Einrederecht begründen, der Kläger, der sonst durchgedrungen wäre, mit der Klage abgewiesen. Daß actio und Anspruch, exceptio und Einrede sowohl i. S. des BGB. wie auch i. S. der CPO. in diesem äußerlichen Parallelismus stehen müssen, ist selbstverständlich; sind doch Anspruch und Einrede nur das metaphysische Etwas, das hinter den römischrechtlichen Benennungen gesucht worden war und infolge des Einflusses von Windscheids Werk, „die actio" als das jenen zugrunde liegende „materielle Recht" seinen Einzug in das gemeine und bürgerliche Recht gehalten hat. Die Deduktion Windscheids[1]):

> „Für das heutige Rechtsbewußtsein ist das »Recht« das prius, die Klage das Spätere, das Recht das Erzeugende, die Klage das Erzeugte"

hat dazu geführt, daß nun auch auf metaphysischem Wege ein Anspruchsrecht und ein Einrederecht (das bedeuten die Worte „Anspruch" und „Einrede" des BGB. bekanntlich) gewonnen wurde; sie hat aber weiterhin auch Veranlassung für eine gesonderte Betrachtung dieser aus dem prozessualen Gesamtbild der formula herausgezogenen, ihrem Nährboden entfremdeten Begriffe gegeben. Die Konstruktionsjurisprudenz hatte damit freilich ein Rätsel mehr gefunden; denn jetzt erst konnte eine früher nicht gekannte Schwierigkeit erwachsen, es logisch zu erklären, wie der Anspruch „an sich bestehen" kann und dabei doch durch die Einrede gehemmt oder entkräftet wird. Würde es sich um ein

[1]) Windscheid, Die actio, S. 3.

logisches Problem gehandelt haben, so könnte man Hölder[1]) zustimmen, der wiederholt betont hat, „es könnten überhaupt nicht zwei Rechte wie zwei Tatsachen einander in der Weise gegenüberstehen, daß ein Recht die Wirkung des anderen ausschließe, ohne seine Existenz zu berühren" und es sei ein Widerspruch, die Existenz eines Anspruchs auf eine mit Recht verweigerte Leistung anzunehmen[2]); „die Bezeichnung des Anspruchs als eines einredebehafteten bedeute nicht einen existenten, aber mit einem an seinem Mark zehrenden Parasiten behafteten, sondern einen vom Kläger geltend gemachten, aber wegen der Einrede nicht existierenden Anspruch[3])." Eine begriffsmäßige Feststellung des Verhältnisses von Anspruch und Einrede ist für das geschichtlich Gewordene jedoch nicht angebracht, und nur wenn man jenen Zusammenhang und Parallelismus von actio und Anspruch einerseits, exceptio und Einrede anderseits übersieht, ist es denkbar, die Möglichkeit einer außergerichtlichen, wirksamen Geltendmachung der Einrede zuzugeben. Aber auch dann mußte noch ein zweites hinzukommen, es mußte eine Auffassung des Prozesses angenommen werden, die einer außergerichtlichen Geltendmachung von Prozeßhandlungen den Weg ebnen kann. In der Tat haben beide Faktoren zusammengewirkt und das Dogma von der außergerichtlichen, vollwirksamen Geltendmachung der Einrede ins Leben gerufen.

Es braucht lediglich bemerkt zu werden, daß aus der gesetzlichen Definition von „Anspruch" und „Einrede" nichts für die Befugnis folgt, Anspruch und Einrede außergerichtlich wirksam vorzubringen, ebenso wenig bedeutet es aber, wenn gesagt wird, Anspruch und Einrede seien als materiellrechtliche Phänomene von den Gesetzesredaktoren aufgefaßt worden, die bei der Schöpfung des bürgerlichen Gesetzbuchs doch, wie es heißt, eine feste Grenze

---

[1]) Hölder, Arch. Bd. 93 S. 66 sq.

[2]) Hölder, Kommentar S. 406.

[3]) Hölder b. Busch Bd. 33 S. 370.

zwischen Privatrecht und Prozeßrecht gezogen haben. Dieser Gedanke, auf dem ein großer Teil von Hellwigs Lehrsystem aufgebaut ist, wird durch die Aufnahme der Windscheid'schen termini Anspruch und Einrede widerlegt, da diese im engsten Konnex mit dem Prozeß stehen.

Es ist unter diesem Gesichtspunkt ganz selbstverständlich, daß die Erzwingbarkeit zum Wesen des Anspruchs i. S. des BGB. gehört, und schier unbegreiflich, wenn Langheineken[1]), übrigens ein Anhänger Windscheids, anführt, gegen diese Auffassung spreche der Umstand, daß die zwangsweise Durchsetzbarkeit ein rein prozessuales Moment sei, und wenn Sahm[2]) den Anspruch als „materiellen Begriff, frei von prozessualem Beiwerk“, angesehen wissen will. Was mag wohl unter jenem materiellen Begriff verstanden sein? Ein Anspruch, der nicht im Prozeß durchgesetzt werden kann — sein Gegenstück bildet ja der erzwingbare — ist eine nebelhafte Erscheinung. Dem Anspruch hingegen, der nur im Prozeß realisiert wird und werden kann, steht die Einrede entgegen, ihr Vorbringen hindert die Durchsetzung des Anspruchs, und daraus allein ergibt sich, daß wie der Anspruch, so auch die Einrede nur im Prozeß zur wirksamen Entfaltung gelangen kann.

Dem Gegenargument Sahms[3]): „Würde das Erfordernis der prozessualen Geltendmachung der Einrede (i. S. des BGB.) durch den Beklagten bestehen, dann müßte es durch positive Vorschriften . . . geschaffen sein“ dürfte kaum irgendwelche Beweiskraft beizumessen sein, mit mindestens demselben Rechte könnte man ja verlangen, daß das Gesetz eine außergerichtliche, wirksame Geltendmachung durch positive Bestimmung normieren müßte. Ebenso wenig überzeugend ist der Hinweis auf einzelne Vorschriften des Gesetzes, auf die §§ 886, 1169, 1254 BGB.

[1]) Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 23.
[2]) Sahm in Jherings Jhrb. Bd. 49 S. 64.
[3]) Sahm a. a. O. S. 72.

z. B.[1]), schon deshalb nicht, weil die Frage keineswegs eine terminologische ist noch eine solche, die durch Willkür des Gesetzgebers in diesem oder jenem Sinne gelöst werden kann.

Solange der Prozeß es ist, dessen Endziel, das Urteil mit seiner Rechtskraft, kein Surrogat findet, so lange werden auch die Prozeßhandlungen, die jenem Ziel zustreben, durch keine außergerichtliche Handlung ersetzt werden können. Darum muß man sich über die charakteristischen Funktionen des Prozesses hinwegsetzen und anderes an ihre Stelle treten lassen, soll ein außergerichtliches, wirksames Vorschützen der Einreden möglich sein, und Hellwig allein unter denen, die das Dogma von der außergerichtlichen Geltendmachung der peremptorischen Einreden (i. S. des BGB.) vertreten, hat denn auch eine Auffassung des Prozesses, die seinen Standpunkt begreiflich macht. Vor allem betont die von ihm verfochtene Theorie des sog. „konkreten Rechtschutzanspruchs" aufs schärfste die sekundäre Natur des Prozesses gegenüber dem „materiellen Recht". Während tatsächlich erst im Prozeß das, was man unter materiellem Recht versteht, zur Geltung kommt, und der Richter erst dann, wenn die Grundsätze des Prozesses ihm über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des in tatsächlicher Hinsicht Vorgebrachten Auskunft geben, seinen Urteilsspruch fällt und die Sachlage so zur Beurteilung nimmt, wie sie sich im Prozeß dargestellt hat, mag sie auch früher in anderem Lichte erschienen sein, wird von Hellwig das materielle Recht als vor dem Prozeß existierend angesehen, und die Klage richtet sich an den Staat, um ein schon bestehendes Rechtsschutzbedürfnis des „Antragsberechtigten[2])(!)" zu befriedigen. Dem Prozeß wird die Aufgabe zugewiesen, das materielle Recht zu verarbeiten, er steht ganz unter der Herrschaft des „materiellen Rechts", und entsteht einmal eine Dis-

---

[1]) cf. Kipp, Rechtswahrnehmung S. 130 sq. Siber, Rechtszwang S. 143 sq.

[2]) Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit. S. 12.

krepanz zwischen „materiellem Recht“ und Urteil, so wird sie dadurch folgerichtig gelöst, daß man mit Hellwig annimmt, der Prozeß habe sich als ungefüger Diener gezeigt, das materielle Recht habe nicht die ihm immanente Wirkung hervorgerufen, und eine Leugnung der sogenannten materiellen Funktion der Rechtskraft ist die weitere Konsequenz [1]).

In gleicher Weise wie hier dem Endziel des Prozesses und damit dem Prozeß selbst der eigentliche Gehalt genommen wird, geschieht es dort, wo Hellwig, der die Einrede des BGB. als materiellrechtlich ansieht, hieraus das Fazit zieht. Wenn das materielle Recht seine Wirkungen hervorrufen muß, und der Prozeß nicht weiter führen darf als das vorher bestehende Recht, warum, so muß man dann im Sinne Hellwigs fragen, sollte, wenn die Einrede (und zwar jetzt jede Einrede) gerichtlich den Anspruch vernichtet, sich nicht auch durch außergerichtliches Vorbringen das gleiche Ergebnis erzielen lassen? Wer Hellwigs Anschauung von Prozeß und materiellem Recht teilt, den kann als Motivierung für die Behauptung, auch durch außergerichtliche Geltendmachung der Einrede i. S. des BGB. werde der Anspruch des Klägers vernichtet, wohl der Satz befriedigen, „das Gesetz enthalte keine Vorschrift, welche die außergerichtliche Leistungsweigerung weniger wirksam erscheinen ließe als die gerichtliche“ [2]), einen anderen freilich nicht. Vergegenwärtigt man sich nämlich, daß der, welcher eine wirksam außergerichtliche Geltendmachung der Einrede (des BGB) anerkennt, Aufrechnung und Einrede (des BGB.) vollständig in juristischer Hinsicht gleichstellen muß — Hellwig verfährt auch jetzt konsequent — so muß hier, wieder nach Hellwigs Prozeßlehre, von neuem jenes Problem vorliegen, dessen Lösung bei der Aufrechnung unmöglich war und das auch bei der Einrede (des BGB.) vergebens versucht werden muß, das Problem, der

[1]) Zu vergl. Degenkolb, Klagrechtsbegriff S. 31 sq.

[2]) Hellwig, Anspr. und Klagr. S. 11.

Einrede des BGB. im Prozesse Unterkunft zu gewähren, nachdem man erst einmal sie außergerichtlich zugelassen hatte. Aufrechnung und Einrede verfallen dann dem gleichen Schicksal, erst hat man sie aus dem Prozeß herausgelassen und hernach weigert man ihnen den Zutritt zum Prozeß, so daß sie sich ihre Existenzberechtigung als Prozeßhandlung von neuem zu erkämpfen haben. Soll dann wieder die außergerichtliche Einrede im Prozeß wirken, so darf sie bei Hellwig nicht die Richtung aller Prozeßhandlungen annehmen, nicht die gegen das andere Subjekt des Prozeßverhältnisses, sie darf sich nicht gegen das Klagrecht i. S. Hellwigs und damit ausschließlich an das Gericht richten, vielmehr muß Hellwig, um sich nicht mit den Vorschriften des BGB. als des „materiellen Rechts" — besonders § 388 und § 194 BGB. — in Widerspruch zu setzen, annehmen, sie kehre sich gegen den „materiellen" Anspruch auf die Leistung selbst[1]) und damit gegen den Gegner direkt. Die weiteren Konsequenzen hat Hellwig gezogen, als er seine Auffassung von der Kompensationseinrede im Prozeß darlegte (S. 50), er müßte die prozessuale Geltendmachung einer Einrede i. S. des BGB., die bei außergerichtlichem Vorbringen den Anspruch des Klägers vernichten soll, in gleicher Weise bestimmen. Nach seiner Theorie müßte auch die Einrede des BGB., im Prozeß vorgeschützt, bewirken:

1. Aufhebung des eingeklagten Anspruchs(=Forderung) gegenüber dem Gegner, und müßte enthalten
2. deren prozessuale Geltendmachung gegenüber dem Gericht.

Die gerichtlich vorgebrachte Einrede des BGB. gibt dann den Anwendungsfall für die außergerichtliche ab, die Einrede des BGB. bekommt jenen rein materiellrechtlichen Charakter und der Prozeß sinkt zum Diener dieses „materiellen Rechts" herab, und endlich muß die Einrede des BGB., im Prozeß vorgebracht,

---

[1]) Hellwig, Lehrb. I S. 253.

nach Hellwigs Theorie den gleichen Doppelcharakter tragen, wie die Aufrechnung im Prozeß.

Die Theorie des Doppelcharakters war bei der Aufrechnung abgelehnt worden, sie hatte hier wie bei der Einrede ihren Grund in einer Unterschätzung des Prozeßrechts und der Prozeßhandlungen. Letztere sind nicht Rechtshandlungen, die mit gleichem Erfolge auf der Straße wie im Prozeß vorgenommen werden können, vielmehr muß die triviale Weisheit betont werden, daß sie Teile des Prozesses sind. Prozeß ist aber ein Kampf zwischen den Parteien, und jede mit Wirksamkeit im Prozeß vollzogene Handlung, bedeutet einen Schlag gegen die andere Partei, dessen Macht bei dem Urteil, der Entscheidung über Sieg oder Niederlage in die Wagschale fällt. Darin liegt das Eigenartige der Prozeßhandlungen, die außergerichtlich schon deshalb nicht von gleichem Einfluß sein können, weil nur der Prozeß die Mittel bietet, über die Voraussetzungen ihrer Wirksamkeit zu entscheiden.

Die außergerichtliche Vornahme von Prozeßhandlungen kann nur gleichsam den Schatten jener Wirkung hervorrufen: ihre Funktion beschränkt sich darauf, wie R. Leonhard[1]) bemerkt, den Anspruchsberechtigten an der Verfolgung seines Anspruchs durch einen metus exceptionis zu hindern, mit anderen Worten, sie hat keine selbständige Bedeutung. Der drohende Prozeß und die Wirkung, die sie hier auf den klägerischen Anspruch ausüben wird, sind es, die den Maßstab für die Bewertung ihrer Bedeutung abgeben.

Was für alle Prozeßhandlungen gilt, mußte grundsätzlich auch für die Kompensationseinrede zutreffen, allein es erfährt eine Modifikation dadurch, daß das BGB. die Aufrechnung als Rechtsgeschäft konstruiert und damit einer Kategorie zugewiesen hat, die für die außergerichtliche Gestaltung von Rechtsver=

---

[1]) Allg. Teil S. 219,220.

hältnissen als Mittel dient. Als Rechtsgeschäft kann die Aufrechnung außergerichtlich mit Wirkung vorgenommen werden, darüber kann ein Zweifel nicht mehr bestehen; mit ihrer rechtsgeschäftlichen Natur ist eine gewisse Selbständigkeit gegeben, es könnte nur noch über den Umfang dieser Selbständigkeit gestritten werden. Gar leicht könnte es scheinen, als ob die Aufrechnung, weil sie äußerlich in *ihrer Vornahme* nicht mehr an den Prozeß gebunden ist, nicht minder auch *in ihren Wirkungen* von denen der Kompensation im Prozeß losgelöst sei und als ob die außergerichtliche Aufrechnung nicht wie alle Einreden bewertet werde lediglich nach dem, was sie im Prozeß leisten kann. Der Gedanke aber, daß damit die Einheit von prozessualer Aufrechnung und Aufrechnung im BGB. aufgegeben sein muß, läßt für diese Auffassung keinen Raum. Der Dualismus, der dann entstände, würde dahin führen müssen, daß man dort, wo die Kompensationseinrede nach Prozeßgesetzen unzulässig wäre, einfach außergerichtlich aufrechnete, die gerichtliche Einrede würde durch das Rechtsgeschäft verdrängt werden und die Kompensations*einrede* hätte ihre Existenzberechtigung eingebüßt. Gesteht man jedoch ein, daß es auch nach Inkrafttreten des BGB. eine prozessuale Aufrechnung gibt, welche die Funktion eines Verteidigungsmittels gegen die erhobene Klage hat, erkennt man weiter an, daß gerichtliche und außergerichtliche Aufrechnung nichts grundsätzlich Verschiedenes im Wesen sind, sondern nur verschieden der Ausübung nach, durchaus einheitlich betrachtet werden müssen, dann kann die Wirkung der außergerichtlichen Aufrechnung nur durch Relation zu der gerichtlichen bestimmt werden, und die Auffassung der Aufrechnung des BGB. als Einrede nötigt zu dem Resultat, *daß die außergerichtliche Aufrechnung, auch soweit sie nach dem BGB. gestattet ist, dort unwirksam bleibt, wo die prozessuale nicht mehr mit Wirkung vorgenommen werden darf, im übrigen aber Schuldtilgung zur Folge hat.*

War aber eben wirklich das Sätzchen „auch soweit sie nach dem BGB. gestattet ist" am Platze? Oder sollte nicht doch die Abhängigkeit der Aufrechnung des BGB. von dem Prozeßrecht im Gesetz irgendwie angedeutet worden sein? § 390 BGB. muß hier genannt werden. Dort heißt es: Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden. Nun ist folgendes zu erwägen. § 390 BGB. ist, wie anerkannt, die einzige Bestimmung des BGB., die für alle Einreden im Sinne des Gesetzes gilt, darum wird auch angenommen werden dürfen, daß ihr ein allgemeines Prinzip zugrunde liegt. Dann wird ihr Anwendungsgebiet noch weiter ausgedehnt werden dürfen, zunächst auf alle Sacheinreden (i. S. der CPO.) schlechthin, ferner aber, darüber hinaus, sogar auf rein prozeßrechtliche Einreden, kurz „Einrede" i. S. des § 390 umfaßt dasselbe wie der römische Ausdruck exceptio; ist doch der Grundsatz des § 390 BGB. in den Quellen in bezug auf die römische exceptio geradezu ausgesprochen (cf. l 14 Dig de comp 16,2). Hat der Rechtsbehelf der exceptio mit allen Einreden das gemeinsam, daß durch ein Vorschützen im Prozeß der Gegner gehindert wird, mit seinem Begehren durchzudringen, so ist aus § 390 BGB. dann der Satz zu entnehmen, der für die gerichtliche Kompensation selbstverständlich ist, für die außergerichtliche des BGB. dagegen nichts Überflüssiges besagt, der Satz, daß die Aufrechnung dort, wo sie im Prozeß nicht wirksam vorgebracht werden kann, auch außergerichtlich die Forderung des Gegners nicht aufzuheben vermag [1]).

---

[1]) Natürlich kann in § 390 BGB., der in der Lehre von der Aufrechnung seinen Platz gefunden hat, nur eine für die Aufrechnung maßgebende Bestimmung gefunden werden; es ist gewiß irrig, aus § 390 BGB. irgend etwas für die Art, in der die Einrede des BGB. geltend gemacht werden muß, herauszulesen. Darum ist Friedenthals Ansicht (Einr. u. Einw. S. 63), in § 390 sei ausnahmsweise der Grundsatz der Existenz des Anspruchs bei Vorhandensein der Einrede bis zu deren

So ist dadurch, daß jetzt die Aufrechnung durch Rechtsgeschäft erlaubt ist, doch der Prozeß von nicht geringerer Bedeutung als früher. Der metus exceptionis mochte auch früher gehindert haben, eine Forderung, der eine Gegenforderung außergerichtlich entgegengestellt wurde, einzuklagen, wenngleich der Klage gegenüber dann nicht eingewendet werden konnte, die Klagforderung sei bereits durch Aufrechnung getilgt; es ist aber für den Prozeß ohne Erheblichkeit, ob der Beklagte einwendet, er rechne jetzt auf oder er habe bereits aufgerechnet (die Kostenfrage wird beiseite gelassen); gewöhnlich wird sich gerade um die Voraussetzungen für eine wirksame Kompensation der Streit drehen.

Schließlich hat das Gesetz selbst in gewissem Sinne das Schwergewicht auf die Funktion der Kompensation als Einrede dadurch gelegt, daß es die Rückwirkung beibehalten hat, eine Besonderheit, die aus einer Zeit herrührt und verständlich ist, wo der Schuldner nur vor Gericht kompensieren durfte und erst die Klage des Gegners abwarten mußte. Für den, der heute in erster Linie den rechtsgeschäftlichen Charakter der Aufrechnung betont, muß die Statuierung der Rückwirkung dagegen mindestens als „Anomalie" erscheinen, und es wird schwer begreiflich, weshalb das BGB., das doch in jedem Augenblick nach der Fälligkeit die Aufrechnung gestattet, den in gleicher Weise behandelt, der seine Befugnis sofort ausübt, wie den Säumigen, der es erst später und gar erst im Prozeß tut.

Weil die Aufrechnung des BGB. eine Einrede ist, die außergerichtlich geltend gemacht werden darf, kann sie niemals mehr Wirkungen hervorrufen als mit dem Prozeßrecht vereinbar. Sie muß, trotzdem sie Rechtsgeschäft ist und ein Erlöschen zweier Forderungen nach BGB. herbeiführt, also scheinbar jedes Zusammenhanges mit dem Prozeß entbehrt, dort versagen, wo nach

Gebrauch preisgegeben, ebenso abwegig wie Gräffners Meinung (a. a. O. S. 15), der Gesetzgeber habe hier an die Einrede gedacht, die außergerichtlich geltend gemacht werden müsse, um zu wirken.

Prozeßrecht die Kompensationseinrede unwirksam ist. Da sie, unselbständig gegenüber der prozessualen Aufrechnung, am Gängelbande des Prozesses geleitet wird, muß, um ihre Wirksamkeit zu ermitteln, wenn nötig, sogar ein Prozeß konstruiert und die Zulässigkeit der Aufrechnung als Verteidigungsmittel auf diese Weise nachgewiesen, ihre Unstatthaftigkeit dort dargelegt werden, wo sie aufhören würde, Verteidigungsmittel zu sein. In jedem einzelnen Fall der außergerichtlichen Aufrechnung ist die Zulässigkeit nach Prozeßrecht die conditio sine qua non, und alle Bestimmungen des BGB. über die Aufrechnung finden ihre Ergänzung in § 390, der auf den Prozeß verweist.

§ 8.

Auch § 406 BGB. kann nicht zur Anwendung kommen, sobald es prozessuale Bestimmungen hindern, welche die Natur der Aufrechnung als Verteidigungsmittel gewährleisten, darum wird auf die prozessualen Lagen zurückzugehen und zu prüfen sein, welche prozessualen Vorschriften der Anwendung des § 406 BGB. entgegenstehen, wenn der Bürge den Gläubiger nach der Fälligkeit der verbürgten Schuld abgefunden hat.

Zu scheiden ist zwischen dem selbstschuldnerischen und dem Bürgen, der nicht auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Im letzteren Fall gibt das Prozeßrecht unmittelbar die Entscheidung, im ersteren bedarf es der Konstruktion eines Prozesses, und bei der Lösung, die auch nach prozessualen Grundsätzen erfolgt, sind die Abweichungen zu berücksichtigen, die sich daraus ergeben, daß die Aufrechnung doch tatsächlich ohne Prozeß vollzogen werden kann.

Hat der mit der Vorausklage belangte Schuldner im Prozeß gegen den früheren Gläubiger nicht aufgerechnet, obwohl er eine kompensable Gegenforderung hatte, so ist er mit seiner Kompensationseinrede dem Gläubiger gegenüber präkludiert und kann

sie auch dem Bürgen gegenüber nicht mehr vorbringen, wenn der Bürge die Auslieferung des vollstreckbaren Titels gemäß § 402 in Verbindung mit § 412 BGB. verlangt und für sich die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung beansprucht hat (§ 727 CPO. in Vbdg. mit § 325 CPO.).

In der Exekutionsinstanz darf der Schuldner, der nicht vorher kompensiert hat, die schon früher fällig gewesene Gegenforderung nicht mehr zur Aufrechnung stellen; das ist selbstverständlich, wenn man sich erinnert, daß die Aufrechnung eine Einrede wie alle Einreden der CPO. ist und darum nur bis zu dem in § 278 CPO. angegebenen Zeitpunkt vorgebracht werden kann; es steht auch durchaus nicht im Widerspruch zu der rechtsgeschäftlichen Konstruktion der Aufrechnung, sofern man erwägt, daß die Aufrechnung als Rechtsgeschäft in ihrer Wirksamkeit zessiert, wo die prozessuale unzulässig ist, und es entspricht schließlich allein dem Gang der Geschichte, der speziell bei dieser Frage leicht zu verfolgen ist. Früher nämlich wurde die Kompensationseinrede, die im Prozeß vorgebracht war, bei Illiquidität der Gegenforderung *in einen besonderen Prozeß* verwiesen, und sie konnte, wenn sie liquide gestellt war, noch in der Vollstreckungsinstanz wirksam vorgeschützt werden. Das änderte sich, als durch die Entscheidung der Ver. Civils. des Reichsger. in Bd. 31 d. RGE. ohne Rücksicht auf Liquidität der Gegenforderungen die Möglichkeit geschaffen worden war, über eine einmal im Prozeß vorgebrachte Kompensationseinrede *stets in demselben Rechtsstreit* zu verhandeln. Seit dieser Zeit kann die Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 CPO. nur dann in Frage kommen, wenn die Erfordernisse für eine Kompensation erst nachträglich entstanden waren. Das ist bei den Vorarbeiten für das bürgerliche Gesetzbuch ausdrücklich anerkannt worden, man sagte, „in der Nachholung der Kompensationseinrede sei bei der Voraussetzung, der Schuldner habe dieselbe bereits im Prozesse abzugeben vermocht, eine nach § 686 CPO.

a. F. (§ 767 CPO.) unzulässige Nachholung einer im Prozeß versäumten Einrede zu finden [1])."

Wie kann trotzdem eine andere Auffassung vertreten sein und begründet werden? Dadurch, daß man den Zusammenhang der Aufrechnung mit dem Prozeß leugnet und daß man ihren Charakter als Prozeßhandlung verkennt. Darum wird Plancks [2]) Bemerkung, „die Auffassung der Protokolle sei mit der Konstruktion, welche die Kompensation durch das BGB. erhalten hat, nicht vereinbar", nur den überzeugen können, der die Aufrechnung des BGB. losgelöst vom Prozeß betrachtet. Und wie ist die so häufig [3]) vertretene Meinung zu bekämpfen: „Der Grund (cf. § 767 CPO.), auf dem hier die Einwendung beruhe, bestehe nicht in der Möglichkeit der Aufrechnung, sondern in der abgegebenen Aufrechnungserklärung"? Sie resultiert aus der Anschauung, daß die Aufrechnungseinrede im Prozeß nicht vorgenommen werden könne und daß es nur einen Einwand der stattgehabten Aufrechnung gebe, dem eben die rechtsgeschäftliche Erklärung auch zeitlich voranzugehen habe, m. a. W. sie entspringt der Ansicht von dem Doppelcharakter, der als ebenso unrichtig wie unnatürlich und unhaltbar gekennzeichnet worden war. Der „Grund", auf dem die Einwendung beruht, ist nicht erst mit der Abgabe der Aufrechnungserklärung entstanden, sondern, wie bei allen Einreden, schon dann, wenn die Erklärung hätte abgegeben werden können [4]), dh. wenn die Voraussetzungen für ihre Abgabe vorhanden gewesen sind. Man muß, wenn man von der Funktion der Aufrechnung als Einrede oder als

---

[1]) Komm. Prot. (ungedr.) S. 1415.

[2]) Planck, Komm. zu § 389 Anm. 4.

[3]) z. B. Eck, Vortr. Bd. 1 378. Planck a. a. O. Weissmann b. Busch Bd. 26 S. 24. Weissmann, Lehrb. des Civilpr. Bd. II S. 99/100. Förtsch b. Gruchot Bd. 42, S. 229 Anm. 1.

[4]) Seuffert, Comm. § 776 Nr. 36. Gaupp-Stein, Komm. zu § 767 Nr. 29.

„Subjektivakt“ [1]) ausgeht, Präklusion nach § 767 CPO. unter diesen Umständen eintreten lassen.

Zu einer anderen Ansicht gelangt, wer die Aufrechnung mit der Befriedigung oder Zahlung [2]) auf eine Stufe stellt und damit als bewiesen vorweg nimmt, was erst zu beweisen gewesen wäre, daß nämlich die Aufrechnung stets Schuldtilgung bewirke. Mag auch sonst die Aufrechnung oft genug mit der Zahlung treffend in Parallele gesetzt werden dürfen; in der Vollstreckungsinstanz sind Zahlung und Aufrechnung, in gewissem Sinne, Gegensätze. Wer in der Exekutionsinstanz aufrechnet, will sich gegen den Anspruch des Klägers noch verteidigen; wer zahlt hat die Verteidigung bereits aufgegeben, er erfüllt. Aufrechnung ist Prozeßhandlung, Zahlung nicht.

Auch wenn man die Aufrechnung als „Anweisung, an sich selbst zu zahlen“ [3]), konstruiert, oder in ihr die Ausübung eines Pfandrechts an der eigenen Schuld sieht, welches „dadurch keine Verschlechterung erfährt, daß von ihm erst in einem späteren Zeitpunkt Gebrauch gemacht wird“ [4]), vermag man der Aufrechnung in ihrer Eigenschaft als Prozeßhandlung nicht gerecht zu werden, und es liegt niemals Grund zur Präklusion gemäß § 767 Abs. 2 CPO. vor. Allein diese Theorieen könnten doch nur Analogien sein und wären schon deshalb nicht dazu geeignet, das Wesen der Aufrechnung ergründen zu helfen. Sie sind einmal durch Heranziehung ganz anderer Institute, außerdem aber noch dadurch gewonnen worden, daß in diesen Rechtsinstituten, die grundsätzlich drei Personen zur Voraussetzung haben, durch Eliminierung einer Person Singularitäten geschaffen

[1]) Kohler bei Busch Bd. 20 S. 17.

[2]) Schollmeyer, Komm. zu § 387 BGB. F. Leonhard, Aufrechnung S. 156, ferner auch R. Schmidt, Lehrbuch S. 1013 Anm. 3 (indirekte Zahlung).

[3]) so Kohler b. Busch Bd. 24 S. 22.

[4]) Weigelin a. a. O. S. 20.

werden, deren Zugehörigkeit zum positiven Recht kaum über jeden Zweifel erhaben ist. Aus Singularitäten ein so verbreitetes Institut wie die Aufrechnung erklären zu wollen, dürfte kein glücklicher Gedanke sein.

Endlich sind die Konsequenzen der Ansicht, daß in der Exekutionsinstanz stets Aufrechnung und infolge der Aufrechnungserklärung Klage nach § 767 CPO. zulässig ist, schier unerträglich. Ist vor dem Prozeß aufgerechnet worden, dann kann der auf die geschehene Aufrechnung gestützte Einwand ebenso wie etwa der Einwand einer erfolgten Zahlung, wie allgemein anerkannt, nur bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Urteil geltend gemacht werden, später nicht mehr (§ 278 CPO), also natürlich auch nicht in der Vollstreckungsinstanz. Anders soll dagegen nach Könnemann[1]) und F. Leonhard[2]) die Sache liegen, wenn die rechtsgeschäftliche Aufrechnung nicht vor dem Prozeß vorgenommen, sondern erst nach der letzten mündlichen Verhandlung erklärt worden ist. Wohin führt diese Ansicht aber? Der Schuldner, der vor dem Prozeß kompensiert hat, ist schlechter gestellt als der, welcher erst in der Exekutionsinstanz aufrechnet. Ersterer hat das Risiko, seinen Einwand zu verlieren, letzterer nicht; dann muß es dem Schuldner ratsam erscheinen, nicht außergerichtlich vor dem Prozeß zu kompensieren, sondern immer mit der Aufrechnung so lange zu warten, bis der Schuldner einen vollstreckbaren Titel erlangt hat, jetzt aufzurechnen und ihn auf diese Weise an der Exekution zu hindern. Daß diese Maxime den Forderungen gesunder Rechtspolitik entspricht, kann allerdings nicht behauptet werden, ihr wird aber nur aus dem Wege gegangen, wenn die Aufrechnung als Einrede behandelt wird. Dann ist der mit der Vorausklage belangte Schuldner, der im Prozeß gegen seinen Gläubiger nicht auf-

---

[1]) Könnemann a. a. O. S. 34.

[2]) F. Leonhard, Aufrechnung S. 157.

gerechnet hat, obwohl er es konnte, mit der Kompensationseinrede dauernd ausgeschlossen, und er kann dem Bürgen gegenüber, auf dessen Namen der vollstreckbare Titel umgeschrieben ist, auch nicht mehr aufrechnen, obwohl aus dem Wortlaut des § 406 BGB. ein Aufrechnungsverbot nicht zu entnehmen ist.

Ebenso wird zu entscheiden sein, daß auch der selbstschuldnerische Bürge, der den Gläubiger nach der Fälligkeit der verbürgten Schuld befriedigt hat, nicht im Regreßprozeß die Kompensation seitens des Schuldners zu befürchten hat. Die Begründung wird zwar in anderer Weise gegeben werden müssen, doch auch nur auf prozessualem Gebiet zu suchen sein; diesen Umweg gilt es einzuschlagen, um von der gerichtlichen auf die außergerichtliche Aufrechnung Schlüsse zu ziehen.

Würde der selbstschuldnerische Bürge zur Zahlung an den Gläubiger verurteilt, so könnte der Schuldner ihm im Regreßprozeß immer noch Einwendungen erheben; er könnte es jedoch dann nicht, wenn das gegen den Bürgen ergangene Urteil auch für ihn bindende Kraft hätte. Tatsächlich gibt es keinen Satz, der die allgemeine Erstreckung der Rechtskraft von dem Bürgen auf den Schuldner anordnete, dennoch aber läßt sich dartun, daß der Schuldner, der vorher nicht aufgerechnet hat, mit seiner Aufrechnungsbefugnis gegen den Bürgen nach dessen Verurteilung ausgeschlossen ist.

Gewöhnlich wird der Bürge, wenn er für den Fall des Regresses Einwendungen des Schuldners abschneiden will, diesem den Streit verkünden (§ 71 CPO.) und dadurch Gelegenheit zur Beteiligung am Prozeß geben. Tritt der Schuldner dem Rechtstreit dann nicht bei, so wird er im Regreßprozeß nach gesetzlicher Vorschrift (§ 68 CPO.) nur insoweit gehört, als er verhindert worden ist, Verteidigungsmittel geltend zu machen (der Fall, daß dem Schuldner Verteidigungsmittel unbekannt waren, wird übergangen). Mag sonst bei anderen Einreden eine Streitverkündung auch erforderlich sein, um eine Ausdehnung der Rechtskraft von dem

Schuldner auf den Bürgen herbeizuführen, bei Einreden, die außergerichtlich mit Wirkung vorgebracht werden können, ist sie unnötig und kann darum bei der Kompensationseinrede unterbleiben; auch ein Ersatz durch eine einfache Benachrichtigung ist nicht angebracht, wie an anderer Stelle ausgeführt worden ist[1]). Auch ohne Streitverkündung muß hier dasselbe erreicht werden, was sonst durch die Streitverkündung bewirkt wird, und der Schuldner kann, wenn der Bürge zur Zahlung an den Gläubiger verurteilt ist, seine Verteidigungsmittel gemäß § 67 CPO. dem Bürgen gegenüber in keiner Weise mehr verwerten. Unter Betrachtung der Aufrechnung in ihrer Eigenschaft als Einrede kommt man zu dem Ergebnis, daß der Schuldner von seiner Forderung an den Gläubiger keinen Gebrauch machen, daß er m. a. W. dem verurteilten Bürgen gegenüber sie nicht zur Aufrechnung stellen darf. Muß aber der Bürge dem Schuldner zu diesem Zweck erst das Opfer bringen, sich auf einen Prozeß mit dem Gläubiger einzulassen und zur Zahlung verurteilt zu werden, während der Schuldner schon vor dem Prozeß seine Aufrechnung erklären kann? Sofern man daran festhält, daß die Wirksamkeit der Aufrechnung nur ermittelt werden kann, wenn von ihrer durch prozeßrechtliche Sätze bestimmten Funktion als Einrede Schlüsse auf ihre außergerichtliche Tragweite gezogen werden, wird entschieden werden dürfen, daß auch bei freiwilliger Zahlung des Bürgen nach dem Zeitpunkt der Fälligkeit der verbürgten Schuld der Hauptschuldner seiner Aufrechnungsbefugnis verlustig gegangen ist.

[1]) cf. S. 18.

Druck von Albert Koenig in Guben.